Die elterliche Gewalt der Mutter
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation.

Der

juristischen Fakultät der Universität Erlangen

vorgelegt von

Georg Rothe

aus Detmold.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 1. Februar 1905.

Berlin 1905.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Str. 108.

9

Literaturverzeichnis.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1888. Band 4.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 4.

Zusammenstellungen der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt. Berlin 1890. Band 4, Aeußerungen zum Familienrecht.

Fischer und **Henle**, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen, fünfte Auflage. München 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, erste und zweite Auflage. Berlin 1901. Band 4.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, dritter Band. Stuttgart 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dritte Auflage. Jena 1901. Band 2.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, dritter Teil. Berlin 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band 4, Familienrecht, zweite Auflage. Halle 1903.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2, 3.—5. Auflage. Berlin 1900.

von Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts, dritte Auflage. Berlin 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2, zweite Auflage. Berlin 1899.

Köhne, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrgang 40 S. 597 ff.

Opet, Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Knitschky, Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Bulling, Die deutsche Frau und das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1896.
Jastrow, Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, erstes bis drittes Tausend. Berlin 1897.
Weißweiler, Ausübung der elterlichen Gewalt und die Stellung des Beistandes. Hannover und Berlin 1900.
Kleinberger, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Inauguraldissertation. München 1899.
Archiv für zivilistische Praxis, Band 92 und 94.
Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1888. Heft 6 und 15.
Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages, 2. Band. Berlin und Leipzig 1888.
Salinger, Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, II S. 99.
Pritzl, Zeitschrift für das Notariat in Bayern. 1901. S. 53.

Uebersicht.

		Seite
Kapitel 1.	Einleitung	1
„ 2.	Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch	2
„ 3.	Inhalt der elterlichen Gewalt	5
„ 4.	Die elterliche Gewalt der Mutter. Allgemeines	9
„ 5.	Die elterliche Gewaltstellung der Ehefrau. Normalfall	14
„ 6.	Die elterliche Gewaltstellung der Ehefrau. Ausnahmefälle	21
„ 7.	Die elterliche Gewalt der Witwe	29
„ 8.	Die Beistandschaft	33
„ 9.	Die elterliche Gewaltstellung der Mutter nach Auflösung der Ehe durch Scheidung und durch Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung des anderen Elternteils	40
„ 10.	Die elterliche Gewaltstellung der Mutter bei Nichtigkeit der Ehe	46
„ 11.	Die mütterliche Gewalt über ein uneheliches Kind	49
„ 12.	Die elterliche Gewaltstellung der Mutter bei Legitimation und Adoption eines Kindes	52
„ 13.	Schluß	57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549808_0042

Kapitel 1.

Einleitung.

Jede Zeit will ihr Recht haben; schreitet das Recht mit der Zeit nicht fort, so hemmt es die Zeit. Es bestimmt sich aber der Charakter einer Zeit nicht notwendig nach der Mehrheit der Volksgenossen; hinsichtlich dieser oder jener Lebensverhältnisse wird eine Zeit oft genug im Zeichen des Fortschritts stehen, ohne daß die Mehrheit oder überhaupt die große Masse sich diesen Fortschritt schon zu eigen gemacht hat. Kommen die gesetzgebenden Faktoren, durch den Geist der Zeit gedrängt, dennoch dazu, hinsichtlich der fraglichen Lebensverhältnisse ein neues Recht zu schaffen, so wird sich dieses regelmäßig als Kompromiß darstellen.

Der Kulturzustand der großen Masse wird dem Gesetzgeber dabei naturgemäß als Grundlage dienen. Darüber hinaus aber wird der schöpferische Gesetzgeber der Erzieher der großen Masse sein, indem er das Recht in fortschrittlichem Sinne soweit fortbildet oder umbildet, als die große Masse die neuen Wege zu gehen vermag.

Es ist sehr billig, zu sagen: das Volk ist noch nicht reif dazu. Jede noch so arge Rückständigkeit der Gesetzgebung kann sich in dem Scheine der Wahrheit, welcher dieser Formel meist anhaftet, als Weisheit ausgeben. Die große Masse wird reif werden, wenn sie Gesetze hat, die durch fortschrittlichen Geist ihre Reife entwickeln helfen. Ist keine Kraft vorhanden, welche die Masse aufwärts treibt, so beharrt sie, dem Gesetze der Trägheit entsprechend, möglichst lange in ihrer Rückständigkeit. Wann wird sie reifer werden, wenn die Gesetze selber ihre Unreife statuieren und privilegieren?

* *
*

Die bürgerlich-rechtliche Gleichstellung der Frau mit dem Manne, welche vom Bürgerlichen Gesetzbuche stillschweigend zum Prinzip erhoben worden ist, erleidet im Familienrechte sehr wesentliche Einschränkungen. Die Tendenz unserer Zeit aber geht auf eine möglichst vollkommene Gleichstellung der Geschlechter auch in den familienrechtlichen Beziehungen und beruhigt sich auf die Dauer nicht bei Halbheiten und lauen Zugeständnissen. Eine besondere Frage ist die, inwieweit solche Halbheiten in Ansehung des gegenwärtigen Bildungsstandes des breiten Volkes unter dem Gesichtspunkte einer vorläufigen Regelung als Notwendigkeiten hinzunehmen sind.

Nirgends drängen sich jedoch die Erwägungen, von denen hier ausgegangen ist, so lebhaft auf, wie hier. Und was insbesondere die elterliche Gewalt der Mutter betrifft, welcher die folgenden Darlegungen gelten, so dürfte die Regelung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Verhältnissen hat zuteil werden lassen, trotz ihres fortschrittlichen Grundzuges doch in ihrer Halbheit und Zaghaftigkeit manchmal äußerst angreifbar sein und aus dem Rahmen eines notwendigen Kompromisses herausfallen. Darüber wird weiterhin im einzelnen zu sprechen sein.

Kapitel 2.

Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch.

Der § 1626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: Das Kind steht, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt.

In dieser Bestimmung liegt die wichtigste Neuerung auf dem Gebiete des Frauenrechtes, welche das Bürgerliche Gesetzbuch uns gebracht hat: während das gemeine Recht und die übrigen früher in Deutschland geltenden Rechte mit Ausnahme einiger weniger

räumlich nicht sehr bedeutender Partikularrechte[1]) nur eine väterliche Gewalt kannten, hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch die Mutter in den Stand gesetzt, kraft eigenen Rechtes die ihr von Natur aus zustehende Schutzgewalt über ihr Kind auszuüben. Und während früher in allen Rechtsgebieten, in welchen sich eine mütterliche Gewalt nicht entwickelt hatte, bei Wegfall des Vaters eine Vormundschaft für das minderjährige Kind errichtet werden mußte, macht heute die von der Mutter fortgeführte elterliche Gewalt die Bestellung einer Vormundschaft unnötig und schließt sie aus.

Es ist dies eine Neuerung von prinzipieller Bedeutung und das Produkt einer langen Entwicklung. Die römische patria potestas ließ für eine mütterliche Gewalt keinen Raum. In der deutschen Familie aber hatte die Frau und Mutter, soweit die geschichtliche Ueberlieferung reicht, eine angesehenere Stellung inne, und es bildeten sich in den deutschen Rechten mit der Zeit Ansätze zu einer mütterlichen Gewalt subsidiärer Natur. Im gemeinen Rechte lebte die der mütterlichen Gewalt feindliche Tendenz der römischen patria potestas fort; es wurde der Mutter jedoch ein persönliches Fürsorgerecht gewährt und nach dem Tode des Vaters war sie an erster Stelle zur Vormundschaft über die Kinder berufen. Die deutschrechtliche Auffassung ist aber durch das Bürgerliche Gesetzbuch nunmehr zum Siege gelangt, und von den oben erwähnten deutschen Partikularrechten, welche sich im Gegensatz zum gemeinen Gechte ausbildeten, ist die mütterliche Gewalt als „elterliche Gewalt der Mutter" in das einheitliche Recht des Reiches übergegangen.

Die rechtliche Stellung, welche der Mutter hinsichtlich der elterlichen Gewalt bisher eingeräumt war, stand jedoch meist in keinem Verhältnis zu der tatsächlichen Gewaltstellung der Mutter; zu allen Zeiten ist es die Mutter gewesen, welche den wichtigsten Teil der rechtlich nur dem Vater zustehenden Gewalt, das Erziehungsrecht, tatsächlich in erster Linie ausgeübt hat. So ist denn auch

[1]) Besonders des linksrheinischen d. h. französischen Rechtes, dann auch des weimarischen und hamburgischen Rechtes, sowie einiger bayerischer Statuten. Vgl. Haidlen zu § 1684.

in der Literatur, namentlich seit der Begründung des modernen Naturrechtes durch Hugo Grotius, immer wieder darauf hingewiesen worden, daß die Gewalt über die Kinder von Natur aus beiden Eltern zustehe.[2])

In unserer Zeit vollends, wo die Lebenskreise der Frau, ihre geistigen Interessen und praktischen Betätigungen sich in einer Weise ausgedehnt haben, welche anderen Jahrhunderten wunderlich erschienen wäre, ist die einseitige Konzentration der Gewaltrechte in der Hand des Vaters ein Unding. In manchen Berufskreisen steht heute die Frau dem Manne an Geschäftstüchtigkeit kaum nach; jedenfalls hat die Frau von heute im Durchschnitt soviel geschäftliche Kenntnisse und wirtschaftliche Befähigung, daß ihr auch eine größere Vermögensverwaltung unbedenklich anvertraut werden kann.[3])

Das Wort von der geistigen Minderwertigkeit der Frau wagen heute nicht mehr viele auszusprechen.[4]) Die Frau von heute ist befähigt, die intellektuelle Erziehung der Kinder zu leiten, soweit das überhaupt Sache der Familie und nicht des Staates ist. Am bedeutsamsten und geradezu unersetzlich aber sind die seelisch-sittlichen Einflüsse, welche die Mutter von den ersten Lebensjahren des Kindes bis in die Zeit der reiferen Jugend auf das Kind ausübt, und welche eben aus der spezifisch weiblichen Natur fließen. Die Hingebung der eigenen Persönlichkeit an die fremde des Kindes, das Aufgehen in den kleinen Interessen, die aufopferungsfrohe Sorge für das Aufblühen der jungen Seele und des jungen Körpers sind Eigenschaften, welche beim Manne nur in den seltensten Fällen zu finden sind und welche doch für die Entwicklung des Kindes von unendlich größerer Bedeutung sind, als die vorwiegend intellektuellen

---

[2]) Vgl. Pfaff, Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages 2, S. 157 ff.

[3]) Es ist dies auch von den kritischen Stimmen der Entwurfsliteratur ziemlich allgemein anerkannt worden. Treffend spricht z. B. Kohler von der „angeblichen Vermögensunmündigkeit der Frau, der „fragilitas sexus", die großenteils auf Einbildung und hergebrachten Sprüchen beruhe" (Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages 2, S. 227).

[4]) Ob das Weib zu jener höchsten und seltsamen Blüte der geistigen Persönlichkeit, welche wir als Genie bezeichnen, gelangen kann, ist hier natürlich völlig belanglos.

Einflüsse, welche der Vater, meist erst in den späteren Lebensjahren des minderjährigen Kindes, auf dieses auszuüben versteht. „Die Mutter beiseite setzen, heißt auf ein Hauptelement und Hauptferment der Sittenkultur verzichten," sagte Kohler, indem er die Einführung einer elterlichen Gewalt befürwortete.[5])

So hat die soziale und gesellschaftliche Stellung, welche die Frau in unserer Zeit errungen hat, gebieterisch die Umwandlung der väterlichen Gewalt in elterliche gefordert. Freilich ist das Bürgerliche Gesetzbuch noch weit davon entfernt, die Mutter hinsichtlich der elterlichen Gewalt dem Vater gleichzustellen. Der Gesetzgeber hat nicht umhin zu können geglaubt, einer Neuerung von solcher prinzipiellen Bedeutung soviele Beschränkungen entgegenzusetzen, daß die praktische Bedeutung der Einführung der elterlichen Gewalt hinter der prinzipiellen und theoretischen fast zurücktritt. Mit Recht bezeichnet Kuhlenbeck[6]) die Regelung des Gesetzbuchs als ein „Kompromiß zwischen dem System der väterlichen Gewalt und dem einer elterlichen Gewalt im wahren Sinne des Wortes". Wie zaghaft aber der Gesetzgeber auch vorgegangen sein mag, und wie ungerecht und vorurteilsvoll auch manche jener Beschränkungen erscheinen mögen: der wesentliche Fortschritt ist nicht zu leugnen.

Kapitel 3.

Inhalt der elterlichen Gewalt.

Diejenigen Bestimmungen des Gesetzbuchs über die elterliche Gewalt, welche für Mutter und Vater gemeinsam gelten, sind nicht Gegenstand unseres Themas und können nur berührt werden. Die elterliche Gewalt der Mutter im Gegensatz zu der des Vaters soll dargestellt werden. Und diese Aufgabe läuft darauf hinaus, darzulegen, inwieweit der Mutter in den verschiedenen rechtlichen

[5]) a. a. O. S. 227.

[6]) Von den Pandekten zum B.G.B. Dritter Teil. § 37.

Stellungen, welche sie dem Vater und dem Kinde gegenüber einnehmen kann, elterliche Gewaltrechte zustehen. Diese Aufgabe aber erfordert wenigstens einen kurzen Einblick in das Wesen und den Inhalt der elterlichen Gewalt, wie das Gesetzbuch sie aufgefaßt und umgrenzt hat.

Im Gegensatze zu der Auffassung des römischen und älteren deutschen Rechtes, welches in der väterlichen Gewalt ein Herrschaftsverhältnis sah, haben die neueren Rechte dazu hingeneigt, ihr den Charakter einer Schutzgewalt zu geben;[1]) die individualistische Richtung in den ethisch-sozialen Strömungen der letzten Jahrhunderte brachte es mit sich, daß auch die Stellung des Kindes gegenüber den Eltern freier wurde. So steht das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkte, daß die elterliche Gewalt ein Kreis von Pflichten ist, die sich dann andrerseits auch als Rechte darstellen.[2]) Ein Ausfluß dieser Auffassung ist es auch, wenn das Gesetzbuch die elterliche Gewalt bereits mit dem Eintritt der Volljährigkeit, nicht erst mit dem Ausscheiden aus dem elterlichen Haushalte, endigen läßt.[3])

Wenn sich so nach moderner Auffassung die elterliche Gewalt dem Wirkungskreise eines Vormundes sehr genähert hat, so bestehen doch zwischen elterlicher Gewalt und Vormundschaft noch sehr wesentliche Unterschiede, welche in der Verschiedenheit der in Frage kommenden tatsächlichen Verhältnisse begründet sind und der herrschenden Auffassung entsprechen, welche die Herabdrückung der von der Natur geschaffenen und gewollten elterlichen Gewalt auf das Niveau einer vormundschaftlichen Gewalt als unbillig und unwürdig

---

[1]) Vgl. v. Buchka § 41; Fuld in den Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 6 S. 419 ff; Köhne in Gruchots Beiträgen Jahrg. 40 S. 598.

[2]) Die Person des Kindes ist jetzt in den Vordergrund gerückt und „sein Hilfsbedürfnis zum alleinigen Gegenstande rechtlicher Normierung gemacht" (Fohr, Archiv für ziv. Pr. Bd. 92 S. 378), so daß man wohl, wie Fohr es tut, von einem Rollenaustausch zwischen Kind und Eltern bzw. Vater sprechen kann.

[3]) Im Gegensatze zum französischen Rechte läßt das Gesetzbuch die elterliche Gewalt jedoch nicht endigen bei Heirat einer minderjährigen Tochter (vgl. aber § 1633), wogegen sich in vortrefflichen Ausführungen Fuld in den Gutachten aus dem Anwaltsstande (Heft 6 Seite 440 ff.) gewendet hat.

empfindet.[4]) Die Freiheit von der Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes, die elterliche Nutznießung und die Bestimmung, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt bei ihrer Ausübung dem Kinde gegenüber nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, sind die Hauptmomente des bezeichneten Unterschieds.

Der Inhaber der elterlichen Gewalt hat nun nach § 1627 das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, und nach § 1649 das Recht der Nutznießung an dem Vermögen des Kindes. Die Sorge für Person und Vermögen umfaßt nach § 1630 auch das Recht der Vertretung des Kindes in den die Person und das Vermögen desselben betreffenden Angelegenheiten. Diese letztere Bestimmung ist übrigens rein deklaratorischer Natur, da das Vertretungsrecht logisch in dem Sorgerechte enthalten ist. Es ist daher unrichtig, das Recht der Vertretung neben das Recht der Sorge für Person und Vermögen und das Recht der Nutznießung zu stellen;[5]) es ist lediglich ein Ausfluß des Sorgerechtes. Ebenso ist das dem Inhaber der elterlichen Gewalt nach §§ 1776, 77 zustehende Recht, die künftige Bevormundung des Kindes durch Benennung eines Vormundes zu regeln, im Verhältnis zu dem Sorgerechte und dem Nutznießungsrechte kein selbständiges Recht, sondern ebenfalls nur Bestandteil des Sorgerechtes; es ist denn auch vom Gesetze nicht als besonderer Bestandteil der elterlichen Gewalt aufgeführt worden. Es ist aber auch nicht lediglich ein Bestandteil des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes;[6]) die Benennung eines Vormundes für den Fall der künftigen Bevormundung geschieht zweifellos zumeist auch in der Sorge für das Vermögen des Kindes. Das Recht der Vormundsbenennung ist daher als ein Bestandteil des Rechtes der Sorge für die Person und das Vermögen, also des Sorgerechtes überhaupt, anzusehen.[7])[8])

---

[4]) Vgl. auch Pfaff, Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 165. [5]) Wie Opet S. 180 tut.

[6]) Wie Knitschky S. 163 es anscheinend auffaßt.

[7]) Es ist dies auch die Auffassung des Gesetzes; denn der § 1777 Abs. 1

Einige Ausnahmen von der Regel der §§ 1627, 1649 werden aufgestellt in den §§ 1628, 1633, 1638, 1650 und 1651. Der Vermögensverwaltung des Gewalthabers unterliegt auch das nach § 1651 Nr. 1 von seiner Nutznießung ausgeschlossene Vermögen, welches der Minderjährige durch selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gemäß § 112 erlangt, sowie der gemäß § 113 aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis gezogene Erwerb, sofern nicht die Verfügung über solchen Erwerb zu eben jenen Rechtsgeschäften gehört, hinsichtlich derer der Minderjährige nach den genannten Bestimmungen geschäftsfähig ist.[9])

Als gleichgeordnete Bestandteile der elterlichen Gewalt stehen sich nach dem Gesagten nur das Recht und die Pflicht der Sorge und das Recht der Nutznießung gegenüber. Das Recht und die Pflicht der Sorge begreift die Vertretung in sich (womit zugleich gesagt ist, daß die Vertretung nicht nur Recht, sondern auch Pflicht ist). Die Sorge erstreckt sich erstens auf die Lebenszeit des Sorgenden: dann gliedert sie sich in die Sorge für die Person und in die Sorge für das Vermögen des Kindes und ist nicht nur Recht, sondern auch Pflicht; zweitens aber erstreckt sie sich als Vorsorge auch auf die Zeit nach dem Tode des Sorgenden und erscheint so in der Gestalt eines Rechtes auf Vormundsbenennung: dann ist sie nur Recht, nicht aber auch Pflicht.

---

bestimmt, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt das fragliche Recht nicht haben soll, wenn er in den die Person oder das Vermögen betreffenden Angelegenheiten nicht zur Vertretung des Kindes berechtigt ist.

[8]) Hiermit erschöpft sich der Inhalt aus der elterlichen Gewalt. Die anderen elterlichen Rechte fließen nicht aus der elterlichen Gewalt, insbesondere auch nicht das Recht aus § 1305, denn die Einwilligung zur Eheschließung muß auch dann eingeholt werden, wenn dem Vater bzw. der Mutter die elterliche Gewalt nicht zusteht. Das dem Gewalthaber nach § 4 zustehende Recht der Einwilligung in die Volljährigkeitserklärung kann, da es sich auf einen außerhalb der elterlichen Gewalt liegenden Zweck erstreckt, nicht als eigentlicher Bestandteil der elterlichen Gewalt angesehen werden und ist nur in einem weiteren Sinne als Ausfluß der elterlichen Gewaltstellung zu bezeichnen.

[9]) Vgl. Schefold im Archiv für ziv. Praxis Bd. 94 S. 313.

Kapitel 4.

Die elterliche Gewalt der Mutter.

Allgemeines.

Die elterliche Gewalt ist ein Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen den beiden Eltern und ihrem Kinde. Solange der Vater eines *unehelichen* Kindes mit diesem rechtlich als nicht verwandt gilt, handelt das Gesetz daher nur konsequent, wenn es eine elterliche Gewalt über ein uneheliches Kind nicht anerkennt. So kann nach dem Gesetze nur die eheliche Kindschaft eine elterliche Gewalt begründen, sei es, daß das Kind als eheliches geboren ist, sei es, daß es durch einen Rechtsakt späterhin die Stellung eines ehelichen erlangt.

Dem Begriffe der elterlichen Gewalt würde es nun entsprechen, wenn beiden Eltern die Gewalt gleichzeitig zustünde. Das ist ja doch gerade das Wesen einer wirklichen *elterlichen* Gewalt im Gegensatze zu einer väterlichen, daß sie nicht *einem* Elternteile, sondern eben *den Eltern* zusteht.[1]) Nicht so das Gesetzbuch. Es gibt die elterliche Gewalt dem Vater, räumt der Mutter neben ihm nur einen beschränkten Wirkungskreis ein und macht sie zur Inhaberin der elterlichen Gewalt erst nach Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters (§ 1684). In den Ausnahmefällen aber, in welchen die Mutter bei Bestehen der elterlichen Gewalt des Vaters die Gewalt ausüben darf, spricht das Gesetz eben von *Ausüben*, ohne also der Mutter das Recht an und für sich zuzugestehen (§ 1685).

Daß die Auffassung und Konstruktion des Gesetzbuchs tatsächlich die hier gekennzeichnete ist, dürfte namentlich angesichts der Fassung des § 1684 nicht zu bestreiten sein. Wenn das Gesetz hier sagt: Der Mutter steht die elterliche Gewalt zu: erstens, wenn usw., so kann das nur im ausschließlichen Sinne aufgefaßt werden,

[1]) Von demselben Gedanken aus wandte sich *Gierke* gegen die Stellung des Entwurfes (Gutachtl. Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. Bd. 4 S. 382).

derart, daß der Mutter die elterliche Gewalt eben nur in den dort aufgeführten Fällen zustehen solle. Demgegenüber kann durchaus mit Recht betont werden, daß das Gesetzbuch (bzw. der Entwurf) sich von dem Gedanken der grundsätzlichen Gemeinschaftlichkeit der elterlichen Gewalt habe leiten lassen:[2]) nämlich materiell. Formell aber verbindet das Gesetzbuch die Inhaberschaft der elterlichen Gewalt nur mit der Gesamtheit der bezüglichen Rechte und Pflichten, nicht aber mit dem der Mutter außerhalb der Fälle des § 1684 zustehenden, mehr oder minder beschränkten Rechtskreise.[3])

Das Institut der elterlichen Gewalt erfordert aber seinem innersten Wesen nach eine Gemeinsamkeit und Gleichzeitigkeit des Rechtes beider Eltern. Es hätte sonst bloß der väterlichen eine mütterliche Gewalt angereiht, nicht aber eine elterliche Gewalt aufgestellt zu werden brauchen. Tatsächlich gibt das Gesetz der Mutter ja auch schon bei bestehender Ehe den wichtigsten Teil der elterlichen Gewalt, nämlich die Sorge für die Person des Kindes. Es war aber verfehlt, die Mutter nicht auch formell als Inhaberin der elterlichen Gewalt anzuerkennen und statt dessen die schiefe

---

[2]) So Planck (Gutachtl. Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. Bd. 4 S. 382). Ueber Plancks Auffassung vgl. jedoch unten S. 11.

[3]) Diese Auffassung überwiegt auch wohl in der Literatur, die es hier freilich oft an der wünschenswerten Klarheit und Präzision fehlen läßt. Vollkommen auf dem Standpunkte der obigen Ausführungen steht Gierke (a. a. O. S. 382), welcher rügt, „daß der Entwurf von seinem individualistischen Standpunkte aus die elterliche Gewalt ihrem Namen zum Trotze als ein besonderes Recht des einen oder anderen Elternteiles behandele und die mütterliche Gewalt als eine erst mit dem Wegfalle der väterlichen Gewalt entstehende einseitige Machtvollkommenheit konstruiere". — Ebenso spricht Jastrow S. 97 von der „Ausschließung der Mutter bei Lebzeiten des Vaters" und der „wenig glücklichen Ausdrucksweise des Gesetzgebers". Aehnlich Klöppel (Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 15 S. 1470): „Ueber das eheliche minderjährige Kind steht dem Vater und nach dessen Tode der Mutter die elterliche Gewalt zu". Salinger im Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Jahrg. 2 S. 104. Pritzl in der Zeitschrift f. d. Notariat in Bayern 1901 S. 60. Vgl. auch Matthiaß 2 § 108 und Köhne in Gruchots Beiträgen Jahrg. 40 S. 601. — Anders z. B. Endemann I § 204 Anm. 9; v. Buchka § 41 unter 9; Fuld (Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 6 S. 421).

Konstruktion aufzustellen, daß der Vater, solange er lebt, alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt ist.

Aus dem sich aufdrängenden Gefühle dieses Zwiespaltes heraus bezeichnen denn auch einige Schriftsteller die der Mutter vor und nach dem Tode des Vaters zustehenden Befugnisse ganz allgemein als elterliche Gewalt. Diese Schriftsteller müssen also dazu kommen, mehrere Formen der elterlichen Gewalt der Mutter zu unterscheiden, etwa, wie Planck[4]) es tut, drei Hauptformen, welche den §§ 1634, 1685 und 1684 entsprechen[5]) oder zwei Hauptformen als Hauptgewalt (§§ 1684, 1685, 1665) und Nebengewalt (§§ 1634, 1698), wie Dernburg[6]) es tut. Diese Auffassung übersieht jedoch, daß die elterliche Gewalt ein fester, unveränderlicher Begriff von gesetzlich festgelegtem Inhalt ist. Dieser Begriff setzt sich inhaltlich zwar aus Teilen zusammen, aber dem Teile gebührt nicht der Name des Ganzen. So bestimmt z. B. § 1707, daß der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt nicht zusteht; wohl aber soll ihr das persönliche Fürsorgerecht zustehen,[7]) ganz ebenso wie der ehelichen Mutter nach § 1634.

Der Weg, verschiedene Arten der elterlichen Gewalt zu unterscheiden, führt uns also nicht weiter und ist falsch. Zu einer Lösung des gekennzeichneten Zwiespalts und zu einem theoretisch befriedigenden Ergebnis würde man vielmehr m. E. nur kommen, wenn man die vom Gesetzbuche selber aufgestellte Unterscheidung der elterlichen Gewalt (der Zuständigkeit nach) von ihrer Ausübung scharf durchführt und das im Gesetze auf einige besondere Fälle beschränkte Anwendungsgebiet dieser Unterscheidung auf die Gesamtheit der Fälle ausdehnt. Diese Unterscheidung würde zu folgendem einfachen

---

[4]) Vorbemerkung zu § 1684.

[5]) Eine konsequente Durchführung dieses Standpunktes ist jedoch bei Planck nicht zu finden. So bezeichnet er das der Mutter in der Ehe zustehende Fürsorgerecht in seinen Bemerkungen zum § 1634 unter 1 sogar als einen „Anteil an der elterlichen Gewalt des Vaters"!

[6]) Bürgerl. Recht 4 S. 270 f.; vgl. auch Endemann 2 § 204 unter 2, insbesondere Anm. 9.

[7]) Sie steht also wohl in einem Gewaltverhältnisse zu ihrem Kinde, hat aber nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht die „elterliche Gewalt".

und klaren Ergebnisse führen: Beide Eltern haben die elterliche Gewalt der Zuständigkeit nach; während jedoch der Vater seine Gewalt in vollem Umfange auszuüben berechtigt ist, steht der Mutter bei Lebzeiten des Vaters eine volle Ausübung ihrer Gewalt grundsätzlich nicht zu, wohl aber eine teilweise; nach dem Tode des Vaters übt sie ihre Gewalt im vollen Umfange aus.[8]) — Der Umstand, daß hier die Mutter als Inhaberin eines Rechtes zu seiner Ausübung nur unvollkommen berechtigt wäre, würde durch die Besonderheit dieses familienrechtlichen Verhältnisses hinreichend begründet sein. Nichts würde auch hindern, die Nichtausübung der vollen elterlichen Gewalt seitens der Mutter bei Lebzeiten des Vaters als Ruhen der elterlichen Gewalt der Mutter (mit den durch die §§ 1634, 1685 bezeichneten, sehr wesentlichen Ausnahmen) aufzufassen; freilich würde der Grund des Ruhens nur wiederum in der durch die Ehe begründeten bevorzugten Stellung des Mannes im Verhältnis zu den gemeinsamen Kindern zu erblicken sein. Fällt diese bevorzugte Stellung bei Lebzeiten des Vaters aus natürlichen oder rechtlichen Gründen für kürzere oder längere Zeit fort, wie dies in den §§ 1665, 1676, 1677 der Fall ist, so ist Raum vorhanden für eine volle Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter (§ 1685 Abs. 1); in diesen Fällen würde die Mutter also nach der hier gegebenen Auffassung der elterlichen Gewalt das interimistische Recht haben, die ihr an sich zustehende elterliche Gewalt (mit Ausnahme der Nutznießung) voll auszuüben. Hiermit würde sogar der Ausdruck des Gesetzes übereinstimmen, denn nach § 1685 Abs. 1 übt die Mutter die elterliche Gewalt aus. Nach der Auffassung des Gesetzes ist es nun freilich die elterliche Gewalt des Vaters, welche sie, in seiner Vertretung, ausübt. Gegen diese Auffassung des Gesetzes spricht aber folgende Erwägung. Wenn die Mutter in den hier fraglichen Fällen wirklich die Gewalt

[8]) Aehnlich Bulling S. 154: „Es wäre demnach der Frau die volle elterliche Gewalt zu geben; und so entspricht es dem Begriffe der elterlichen Gewalt. Sie beruht auf der Pflicht der Eltern, ihr Kind zu unterhalten und zu erziehen, die einen jeden der Eltern trifft und demnach nur in der Ausübung eine Teilung zuläßt.

des Vaters ausübte und nichts wäre als seine Vertreterin, so wäre sie bei der Ausübung der Gewalt den (etwa vorher getroffenen) Weisungen des Vaters unterworfen. Da dies aber nicht der Fall ist, so übt sie in Wirklichkeit in diesen Fällen eine eigene, ihr selber zustehende elterliche Gewalt aus, wenn auch die Auffassung des Gesetzes dawiderspricht. — Die hier befürwortete Auffassung der elterlichen Gewalt als einer der Inhaberschaft nach auch der Mutter zustehenden Gewalt erklärt ferner auch, daß, wenn die Mutter während bestehender Ehe wegen eines an dem Kinde begangenen Verbrechens verurteilt wird, sie auch nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt nicht erwirbt. Wenn man dagegen eine elterliche Gewalt der Mutter bei Lebzeiten des Vaters grundsätzlich nicht anerkennt, so muß man hier zu der schiefen Konstruktion greifen, daß die Mutter die elterliche Gewalt (also das Ganze) nicht erwirbt, weil sie während der Ehe das Recht der persönlichen Sorge (also einen Teil des Ganzen) verwirkt hat; denn verwirken kann man ein Recht nur insoweit, als man es inne hat.

Jedenfalls wird die hier begründete Annahme einer gleichzeitigen Gewaltinhaberschaft beider Eltern und der Divergenz ihrer Ausübungsbefugnisse einerseits dem wahren Wesen einer elterlichen Gewalt und andererseits den materiellen Bestimmungen des Gesetzbuchs gerecht. Daß diese Auffassung sich formell mit der Auffassung des Gesetzbuchs in Widerspruch befindet, würde ihrer Anwendbarkeit an sich nicht entgegenstehen. Aus Zweckmäßigkeitsgründen, um einer Verwirrung der Begriffe vorzubeugen, soll jedoch im folgenden die Auffassung und Sprechweise des Gesetzbuchs beibehalten werden, nach welcher der Mutter nur in den Fällen des § 1684 die elterliche Gewalt zusteht.

Die elterliche Gewalt der Mutter ist an sich der elterlichen Gewalt des Vaters natürlich gleich, da es sich ja um den Inhalt eines festen Begriffes handelt. Das Gesetzbuch hat den Inhalt der elterlichen Gewalt des Vaters festgelegt und sodann bestimmt, daß auf die elterliche Gewalt der Mutter dieselben Bestimmungen Anwendung finden (§ 1686). Während jedoch der Vater seine Rechte und Pflichten allein ausüben darf und muß, kann der

Mutter unter Umständen ein Beistand beigeordnet werden, welcher sie bei der Ausübung ihrer Gewalt zu unterstützen und zu überwachen hat. Praktisch ist diese Beschränkung nicht sehr bedeutsam.

Darin aber liegt, wie oben gekennzeichnet worden ist, der Hauptunterschied zwischen der Gewaltstellung der Mutter und der des Vaters, daß die Mutter nur in seltenen Fällen diejenige Gewaltstellung erlangt, welche der Vater von vornherein und grundsätzlich unverändert bis zu seinem Tode inne hat, während die ihr zugewiesenen Rechte und Pflichten im übrigen einen stetig wechselnden Umfang annehmen, entsprechend den verschiedenen Rechtsstellungen, welche die Mutter dem Vater und dem Kinde gegenüber einnehmen kann.

Kapitel 5.

Die elterliche Gewaltstellung der Ehefrau.

Normalfall.

Da die elterliche Gewalt sich nur auf die Zeit bis zur Volljährigkeit des Kindes erstreckt, und da nur ein verhältnismäßig geringer Teil der Ehen in dieser Zeit der Minderjährigkeit des Kindes durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird, so sind diejenigen Bestimmungen, welche die Gewaltstellung der Eltern während der Ehe regeln, praktisch die weitaus wichtigsten.

Der Mutter steht nun während der Ehe die elterliche Gewalt, d. h. die Summe der elterlichen Gewaltrechte und Pflichten, nicht zu;[1]) das Gesetzbuch weist ihr vielmehr nur eine beschränkte Gewaltstellung neben dem Vater gemäß § 1634 zu.

Der § 1634 umfaßt drei Bestimmungen. Die Hauptbestimmung: „Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen", wird durch zwei Nebenbestimmungen: „zur Vertretung des

[1]) Vgl. die Ausführungen im vorigen Kapitel.

Kindes ist sie nicht berechtigt" und „Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor", eingeschränkt.

Was zunächst die Hauptbestimmung betrifft, so ist sie nur ein Ausdruck des selbstverständlichsten natürlichen Rechtes der Mutter, das sich zugleich als unumgängliche natürliche Pflicht darstellt und vom Gesetzbuch auch als rechtliche Pflicht ausgesprochen ist. Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt die Erziehung,[2]) Beaufsichtigung[3]) und Aufenthaltsbestimmung des Kindes;[4]) [5]) kraft des Erziehungsrechtes kann die Mutter angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden, und auf ihren Antrag hat das Vormundschaftsgericht sie in der Anwendung solcher Zuchtmittel zu unterstützen (§ 1631); auch kann sie die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen, der es ihr widerrechtlich vorenthält (§ 1632). — Ueberhaupt finden die für das Sorgerecht des Vaters geltenden Vorschriften auf das Sorgerecht der Mutter Anwendung (§ 1686). Sie hat demgemäß bei Ausübung ihres Sorgerechtes dem Kinde gegenüber auch nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 1664)[6]) und wenn sie das geistige oder leibliche Wohl des Kindes durch Mißbrauch ihres Sorgerechtes (z. B. des Züchtigungsrechtes) gefährdet oder das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht,[7]) so kann das Sorgerecht ihr entzogen

[2]) Hinsichtlich der religiösen Erziehung bleiben nach E.G. Art. 134 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt. Vgl. jedoch Salinger im Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Jahrg. 2 S. 100.

[3]) Bei Verletzung ihrer Aufsichtspflicht ist die Mutter dritten gegenüber haftbar (§§ 832, 840).

[4]) Es ist daher irreführend, das der Mutter nach § 1634 zustehende Recht einfach als „Erziehungsrecht" zu bezeichnen. Vgl. auch Haidlen zu § 1634.

[5]) Kraft ihrer Sorgepflicht muß die Mutter das Kind vor Gefährdungen behüten, auch vor solchen, die ihm von Seiten des Vaters (z. B. Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes) drohen, und nötigenfalls eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666 herbeiführen. Vgl. Endemann 2 § 199 unter 1.

[6]) Eine Bestimmung, die allerdings, soweit sie das hier in Rede stehende Recht der Sorge für die Person betrifft, nur sehr selten praktisch werden wird.

[7]) Anzeigepflicht des Gemeindewaisenrates, wie beim Vater (§ 1675).

werden (§ 1666).[8]) Macht sie bei Ausübung des Sorgerechtes Aufwendungen, welche sie den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann sie von dem Kinde Ersatz verlangen (§ 1648). Auch finden die Vorschriften der §§ 1676—1680 über das Ruhen und die Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters auf das beschränkte Sorgerecht der Mutter Anwendung; im Falle des § 1676 Abs. 2 verbleibt der Mutter jedoch ihr Sorgerecht, das ja nur ein tatsächliches ist, ebenso wie dem Vater im gleichen Falle. Die Beendigung (§§ 1679, 1680) erstreckt sich, wenn sie für die Zeit der Ehe eine praktische Wirksamkeit auch nur[9]) für das Recht der persönlichen Sorge hat, doch auf die ganze elterliche Gewalt, welche also auch nach dem Tode des Vaters der Mutter nicht zusteht, natürlich nur bezüglich desjenigen Kindes, hinsichtlich dessen sie verwirkt ist.

Die Sorge für die Person des Kindes steht der Mutter neben dem Vater zu. Diese Worte heben die Gemeinsamkeit des Rechtes noch besonders hervor; eine praktische Bedeutung haben sie, im Gegensatze zu dem ersten Entwurfe des Gesetzbuchs, jedoch nicht. Denn während der erste Entwurf der Mutter ein persönliches Fürsorgerecht grundsätzlich nur neben dem Vater, nicht aber neben einem Vormunde oder Pfleger, zugestand, hat das Gesetzbuch die Mutter immerhin erheblich günstiger gestellt und ihr in den Fällen, wo der Vater seine Gewalt nicht ausüben darf oder kann, ihr Sorgerecht teils zu alleiniger Ausübung (§ 1685 Abs. 1), teils neben dem Vormunde oder Pfleger (§ 1698) gelassen.

* * *

[8]) Anders Fischer und Henle, Anm. 3 zum § 1666, welche die Möglichkeit einer Entziehung des Rechtes der persönlichen Sorge nur gegeben sein lassen, wenn der Mutter die elterliche Gewalt zusteht. Diese Auffassung würde die Interessen des Kindes, zu dessen Schutz der § 1666 ja geschaffen ist, in manchen Fällen schlimm gefährden. Es wäre z. B. höchst bedenklich, wenn einer Mutter wegen wiederholter Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes das Recht der persönlichen Sorge nicht auch während der Ehe entzogen werden könnte. Vgl. für die hier vertretene Ansicht Planck, Bemerk. zum § 1666 unter 4.

[9]) Abgesehen von den Ausnahmefällen des § 1685 Abs. 1.

Warum hat das Gesetzbuch der Ehefrau die elterliche Gewalt vorenthalten?

Die Motive (S. 736) sagen:

> Er (der Entwurf) geht von der Erwägung aus, daß das Mißtrauen, welches frühere Jahrhunderte in die Fähigkeit der Frau zu einer vollen Erfüllung ihres elterlichen Berufes setzten . . . nach den Verhältnissen der Gegenwart nicht mehr berechtigt ist. Den vom praktischen Standpunkt sich erhebenden Bedenken ist ein entscheidendes Gewicht nicht beizumessen; in den weitaus meisten Fällen kann die Fähigkeit der Mutter zur Uebernahme dieser vollen Elternpflicht nicht wohl in Zweifel gezogen werden. Die große Mehrzahl der Fälle aber ist es, welchen das Recht seine Regel zu entnehmen hat.

Also: die Frau ist vollkommen geschäftstüchtig genug zur Uebernahme der elterlichen Gewalt. Das ist die klare Meinung der Motive. Die Rechtsregel aber, welche das Gesetzbuch diesen Verhältnissen entnommen hat, geht dahin: Die Frau ist, solange der Mann lebt, und insbesondere während der Ehe, grundsätzlich von der elterlichen Gewalt ausgeschlossen. Also ein direkter Widerspruch?

Ein Widerspruch kann es nicht sein. Der Gesetzgeber muß vielmehr schwerwiegende Gründe gehabt haben, der Mutter gerade in der Ehe die elterliche Gewalt vorzuenthalten. Diese schwerwiegenden Gründe müssen auch in den Motiven irgendwie ausgesprochen sein, da der Entwurf der Ehefrau die elterliche Gewalt ebenso wenig gewährte wie das Gesetzbuch, sie sogar noch ungünstiger stellte. Und in der Tat findet sich ein Satz in den Motiven, welcher jene schwerwiegenden Gründe enthält, und dieser Satz lautet:

> Bei bestehender Ehe ist das Uebergewicht des Vaters in der Natur der Dinge begründet, und muß ihm . . . die elterliche Gewalt beigelegt werden (Motive 4 S. 736).

Das ist die „Begründung", auf welche die sonst so gesprächigen Motive die Stellungnahme des Gesetzgebers in diesem überaus wichtigen Punkte stützen.

Solche nackten Tatsachen sprechen deutlicher als jede kritische Beleuchtung. Es ist ein wunder Punkt in der Stellungnahme des Gesetzgebers, ein wunder Punkt, der nicht gerne berührt sein will. Er nennt sich „die Natur der Dinge". In Wirklichkeit aber bedeutet er eine abgelebte Anschauungsweise, eine Ueberlieferung. Die Ueberlieferung, daß das Weib dem Manne untertan sein soll.[10])

* * *

Die Mutter übt ihre Sorge aus eigenem Rechte aus, braucht daher Dritten gegenüber nicht zu beweisen, daß der Vater mit ihr einverstanden ist.[11]) Ueberhaupt ist sie innerhalb ihres Wirkungskreises zu selbständigem Handeln berechtigt. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und dem Vater geht jedoch die Meinung des Vaters vor (§ 1634 Satz 2).

Daß diese Bestimmung von größter Tragweite ist und für die Verwirklichung des mütterlichen Sorgerechtes schwere Gefahren in sich birgt, dürfte ohne weiteres einleuchten. Es ist nicht einmal zutreffend, wenn behauptet wird,

> das dürfe nicht dahin führen, daß die gesetzlich gewährte Mitberechtigung der Frau tatsächlich entwertet würde; dem Mißbrauch der eheherrlichen Gewalt sei hier wie überall zu steuern (Endemann II § 199 unter 1).

In Wirklichkeit kann bloß unter den Voraussetzungen des § 1666 einem Mißbrauch des väterlichen Entscheidungsrechtes begegnet werden, also nur wenn das Interesse des Kindes gefährdet wird. Solange dies nicht geschieht, kann sich der Vater nach Belieben jeder Sorgehandlung der Mutter widersetzen und seinem

---

[10]) Ueber die Berechtigung der das mütterliche Sorgerecht einschränkenden Bestimmungen in § 1634, insbesondere des Entscheidungsrechtes in Sachen der Erziehung, ist weiter unten zu sprechen; hier handelt es sich lediglich um das Nichtzugeständnis der elterlichen Gewalt im ganzen. Selbst wenn man ein Entscheidungs-(Führungs-)Recht des Mannes anerkennt, so würde dies einer Gewährung der elterlichen Gewalt an die Ehefrau nicht im mindesten entgegenstehen und ihre Vorenthaltung in keiner Weise rechtfertigen.

[11]) Was z. B. praktisch werden kann, wenn sie auf Herausgabe des Kindes klagt.

Willen gerichtlich Anerkennung verschaffen, selbst wenn er nur aus Eigensinn oder Schikane handelt.[12])

Da eine Abstimmung unter den beiden Eltern bei einer Meinungsverschiedenheit zu keinem Ergebnis führe, müsse dem einen Teile die Entscheidung beigelegt werden. So argumentieren die Befürworter des väterlichen Entscheidungsrechtes, indem sie als selbstverständlich unterstellen, daß der Teil, dem die Entscheidung beizulegen sei, nur der Vater sein könne.

Heute weniger als zu irgend einer anderen Zeit ist der Mann befähigt, für die Person des Kindes in einer Weise zu sorgen, wie es das Wohl des Kindes erfordert. Er ist es erstens nicht aus psychischen Gründen: seine Fähigkeit mit Kindern empfinden zu können, ist gemindert; er ist der Kindesseele oft ebenso fern und fremd, wie die Mutter ihr nahe und vertraut ist. Die Mutter weiß daher weit besser als der Vater, was dem Kinde nützlich und schädlich ist, welche Maßregeln es fördern und hemmen.[13]) Zweitens aber ist der Vater auch aus praktischen Gründen gar nicht imstande, für die Person des Kindes in geeigneter Weise zu sorgen. Geht er doch, meist außerhalb des Hauses, seiner beruflichen Arbeit nach, welche ihm oft nur freie Zeit zur nötigsten Erholung läßt und ihm jedenfalls nur in Ausnahmefällen gestattet, sich mit der Erziehung der Kinder genauer zu befassen. Nichtsdestoweniger hat er in allen die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten die entscheidende Stimme. Eine natürliche, vorurteilsfreie Billigkeit aber hätte im Gegenteil dazu führen müssen, die Entscheidung in Sachen der persönlichen Fürsorge, wenn sie überhaupt dem einen Teile beizulegen war, wenigstens hinsichtlich der Mädchen und jüngeren Knaben der Mutter zu geben.[14])

[12]) Vgl. § 226. Ein Schaden im Rechtssinne ist hier eben nicht vorhanden.

[13]) Vgl. auch Bulling S. 156 und Fuld (Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 6 S. 421). „Es ist kein Grund vorhanden — sagt letzterer — aus welchem die Ansicht des Vaters die Vermutung der Richtigkeit, die der Mutter die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit für sich hat; das praktische Leben bestätigt diese Annahme nicht."

[14]) Ebenso Bulling S. 155ff.

Aber war es denn überhaupt nötig, einem Teile die Entscheidung beizulegen? Wenn kein Teil dem andern untergeordnet, bei Meinungsverschiedenheiten aber jedem freigegeben wäre, das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung anzurufen, so wäre jedenfalls ein Zustand geschaffen worden, welcher dem Wesen der Ehe, deren Glück und Wohlfahrt immer nur auf innerer Gleichberechtigung beider Teile ruhen kann, besser entsprochen hätte, als der durch das Gesetz geschaffene.[15]) Dann würde kein Teil das beschämende Bewußtsein haben, seine bessere Ueberzeugung gegebenenfalls dem gesetzlichen Rechte des anderen opfern zu müssen. Im Bewußtsein, bei der Fürsorge für die Person ihres Kindes gleichberechtigt zu sein, würden sich die Eltern bei Meinungsverschiedenheiten durch gegenseitiges Entgegenkommen zweifellos in den allermeisten Fällen in Frieden einigen, so daß die Anrufung des Vormundschaftsgerichtes sozusagen nur ein Sicherheitsventil für die äußersten Fälle sein würde.[16])

Als zweite Beschränkung des mütterlichen Fürsorgerechtes bestimmt der § 1634, daß die Mutter zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt ist.[17]) Ihre Sorge ist nur eine tatsächliche, nicht auch eine rechtliche; insbesondere also kann sie nicht für das Kind einen Vertrag schließen oder zu Rechtsgeschäften des Kindes ihre Zustimmung erteilen (§§ 107, 108), auch kann sie für das Kind keine Klage erheben oder einen Strafantrag stellen.[18]) In solcher Einschränkung liegt heute, wo die Handlungsfähigkeit der Frau endgültig anerkannt ist, eine Unbilligkeit, die allerdings dadurch in

---

[15]) Ebenso Fuld a. a. O. S. 422; vgl. auch Jastrow S. 100, welcher wenigstens in den wichtigsten Fällen, z. B. bei Berufswahl der Kinder, die Entscheidung bei Meinungsverschiedenheit dem Vormundschaftsgericht eingeräumt wissen möchte, im übrigen aber ein Führungsrecht des Vaters anerkennt.

[16]) Was von den Befürwortern des väterlichen Entscheidungsrechtes verkannt wird.

[17]) Unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 1, wie das Gesetz — rein deklaratorisch — hinzufügt.

[18]) Soweit sich die Vertretung auf das Vermögen des Kindes beziehen würde, ergibt sich der Mangel der Vertretungsbefugnis schon aus dem Mangel des Verwaltungsrechtes.

milderem Lichte erscheint, daß die finanzielle Verantwortlichkeit, die mit diesen Vertretungsgeschäften oft verbunden ist,[19]) in erster Linie auf dem Vater ruht (§ 1389)[20]). —

Trotz der schüchternen Schritte, welche das Gesetzbuch in dieser Richtung getan hat, kann so von einer Gleichberechtigung der Mutter mit dem Vater hinsichtlich der elterlichen Gewalt in der Ehe keine Rede sein. In Wahrheit existiert in der Ehe auch heute nur eine väterliche Gewalt. In der Ausübung des einzigen ihr zugewiesenen Rechtes, des Rechtes der persönlichen Fürsorge, ist die Mutter im einzelnen Falle gehemmt, solange der Vater auf Grund seiner abweichenden Meinung sich ihr widersetzt.

Das sittliche Prinzip, auf dem die Lebensgemeinschaft zweier Menschen ruht, das Prinzip der Gleichberechtigung vor einander, wird hier über kurz oder lang Wandel schaffen und sich zu rechtlicher Anerkennung durchringen.

Kapitel 6.

Die elterliche Gewaltstellung der Ehefrau.

Ausnahmefälle.

Auch von dem Standpunkte aus, welcher die Zurücksetzung der Mutter hinsichtlich der elterlichen Gewalt in der Ehe im allgemeinen gutheißt, gebührt der Mutter doch in denjenigen Fällen die elterliche Gewalt, in denen der Vater sie nicht ausüben kann oder in denen sie ihm entziehungs- oder verwirkungshalber nicht

---

[19]) z. B. bei Abschluß eines Lehrvertrages über das Kind.

[20]) Aus dem gleichen Gesichtspunkte, daß nämlich der Vater in erster Linie den ehelichen Aufwand, samt den Kosten der Erziehung und Ausbildung des Kindes, zu tragen hat, dürfte es sich vielleicht auch rechtfertigen, daß ihm und nicht auch der Mutter die Nutznießung am Kindesvermögen gegeben ist. Hinsichtlich der Vermögensverwaltung ist solche Erwägung aber keinesfalls am Platze (vgl. auch Fuld a. a. O. S. 421).

mehr zusteht. Das Gesetzbuch legt denn auch in den praktisch wichtigsten dieser Fälle, bei Verhinderung des Vaters und bei Ruhen seiner Gewalt, die elterliche Gewalt in die Hände der Mutter, zwar nicht der formellen Zuständigkeit, aber doch der Ausübung nach; in den Fällen der Verwirkung und Entziehung der Gewalt des Vaters steht es jedoch auf einem anderen Standpunkte.

1. Nach § 1685 Abs. 1 übt die Mutter die elterliche Gewalt aus, wenn der Vater an ihrer Ausübung tatsächlich verhindert ist oder wenn seine Gewalt ruht (§§ 1665, 1676, 1677). Was den Fall der Verhinderung betrifft, so muß die Verhinderung also eine tatsächliche sein. Das sie sich auf die Gesamtheit seiner Gewaltrechte erstreckt, ist nicht erforderlich; der Mutter steht aber in solchem Falle die Ausübung der Gewalt nur insoweit zu, als der Vater verhindert ist. Bei rechtlicher Verhinderung des Vaters — wenn er z. B. wegen Widerstreites der Interessen gemäß §§ 1630 Abs. 2, 1795 das Kind nicht vertreten darf — geht die Ausübung der elterlichen Gewalt dagegen nicht auf die Mutter über; das Vormundschaftsgericht wird vielmehr in solchen Fällen gemäß § 1665 einen Pfleger bestellen. Als tatsächliche Verhinderungen kommen hier aber alle die Fälle in Betracht, in denen der Vater wegen Krankheit oder Abwesenheit für kürzere oder längere Zeit die elterliche Gewalt nicht auszuüben in der Lage ist. Von einer Verhinderung wird jedoch nur gesprochen werden können, wenn die fragliche Angelegenheit sich nicht aufschieben läßt und wenn der Vater eine bezügliche Willenserklärung abzugeben außerstande ist; keine Anwendung findet die Bestimmung in § 1685 Abs. 1 daher bei leichten Krankheitsfällen oder bei Abwesenheit des Vaters, sofern sein Aufenthaltsort bekannt ist und eine Erklärung von ihm rechtzeitig eingeholt werden kann. Nimmt die Mutter bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters in Ausübung der Gewalt eine Rechtshandlung vor, so kann diese von dem Vater nicht widerrufen werden, auch dann nicht, wenn etwa die Mutter der Ansicht war, daß eine Verhinderung nicht vorliege. Nimmt sie daher in der irrigen Annahme einer Verhinderung ein Rechtsgeschäft vor, so ist dieses, falls der Vater es nicht ausdrücklich oder stillschweigend ge-

nehmigt,[1]) unwirksam, und zwar nicht nur dann, wenn der Vater in derselben Angelegenheit tatsächlich selber in Ausübung seiner Gewalt ebenfalls gehandelt hat, sondern auch schon dann, wenn er hätte handeln können.[2])

Die gleiche Befugnis steht, wie erwähnt, der Mutter zu, wenn die Gewalt des Vaters, sei es aus rechtlichen, sei es aus tatsächlichen Gründen, ruht (§§ 1676, 1677). Als rechtliche Gründe des Ruhens kommen in Betracht: Geschäftsunfähigkeit, Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit sowie der Umstand, daß der Vater gemäß § 1910 Abs. 1 einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat. Tatsächliche Gründe, also namentlich Abwesenheit oder Krankheit, können nach § 1677 ein Ruhen der Gewalt des Vaters nur herbeiführen, wenn erstens die Verhinderung sich auf eine längere Zeit erstreckt und wenn zweitens das Vormundschaftsgericht diese auf längere Zeit sich erstreckende Verhinderung „feststellt", d. h. als solche anerkennt.[3]) Eine solche Verhinderung wird aber vom Vormundschaftsgericht als länger andauernd regelmäßig nur festgestellt werden können, wenn der Vater außerstande ist, die Gesamtheit der ihm zustehenden Rechte und Pflichten auszuüben; ist er dagegen nur an der Vornahme einzelner Ausübungshandlungen verhindert, so wird die Verhinderung regelmäßig nur eine vorübergehende sein, welche ein Ruhen der Gewalt des Vaters herbeizuführen nicht geeignet ist, der Mutter jedoch dieselbe Befugnis wie im Falle des Ruhens gibt, nur mit dem Unterschiede, daß im letzteren Falle die Mutter solange die Gewalt unter Ausschluß des Vaters allein ausübt, bis das Vormundschaftsgericht feststellt, daß

---

[1]) §§ 177 ff. (Handeln ohne Vertretungsmacht).

[2]) Das dürfte sich unzweifelhaft aus dem Begriffe der Verhinderung ergeben; wenn einer handeln kann, ist er eben von keinem Gesichtspunkte aus verhindert, zu handeln. Anders Knitschky S. 248 und Planck, Kommentar zu § 1685 unter 6, welche beide nur von dem Falle sprechen, daß der Vater in der von der Mutter besorgten Angelegenheit ebenfalls tätig geworden ist.

[3]) Mit konstitutiver Wirkung. Der die Feststellung enthaltene Beschluß des Gerichts ist auch wirksam, wenn eine Verhinderung tatsächlich nicht vorliegt, oder zwar vorliegt, sich aber nicht auf längere Zeit erstreckt.

der Grund nicht mehr besteht (§ 1677 Abs. 2), während bei einfacher Verhinderung des Vaters das Ausübungsrecht der Mutter mit Wegfall des Grundes erlischt.

So steht in einer Reihe von wichtigen Ausnahmefällen der Mutter auch in der Ehe die Ausübung der elterlichen Gewalt zu, freilich mit Ausnahme der Nutznießung. Das väterliche Nutznießungsrecht bleibt also bestehen, beschränkt sich aber im Falle des Ruhens auf einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen (§ 1656).[4]) Im Falle der Verhinderung dagegen tritt diese Beschränkung nicht notwendig ein; wenn der Vater im einzelnen Falle zwar verhindert ist, die elterliche Gewalt im Ganzen auszuüben, im Besonderen aber zur Ausübung der Nutznießung imstande ist, so steht der Ausübung dieses Rechtes durch ihn nichts entgegen.[5])

Dagegen geht außer dem Rechte der unbeschränkten Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Kindes auch das Recht der Vormundsbenennung (§ 1777), sowie das Recht der Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung (§ 4) auf die Mutter über, im Falle der Verhinderung des Vaters aber gemäß dem oben Gesagten nur dann, wenn eine Aufschiebung der rechtsgeschäftlichen Erklärung untunlich ist.[6])

2. Im Gegensatze zu diesen Fällen des § 1685 Abs. 1 übt die Mutter in einer Reihe von weiteren Ausnahmefällen, welche der § 1698 in sich begreift, nur daß ihr normalerweise ja überhaupt zustehende Recht der Sorge für die Person des Kindes aus, und zwar mit den gleichen Einschränkungen wie neben dem Vater,

---

[4]) Nach Abs. 2 des § 1656 können die Kosten des Unterhalts des Kindes im Falle des Ruhens der Gewalt des Vaters aus den Nutzungen insoweit vorweg entnommen werden, als sie dem Vater zur Last fallen.

[5]) Ebenso Knitschky S. 247 Note 1, anders Opet S. 305.

[6]) Opet S. 305 macht diese Einschränkung nicht, während andererseits Knitschky S. 247 Note 3 die Anwendung des § 1685 Abs. 1 auf die Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung überhaupt für bedenklich hält. Den Ausführungen des letzteren an der erwähnten Stelle ist jedoch entgegen zu halten, daß in den Fällen der Verhinderung des Vaters nach § 1665 keineswegs bloß ein kurzer Aufschub des Rechtsgeschäftes in Frage kommt. Ein längerer Aufschub der Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung aber kann unter Umständen untunlich sein, und solchen Falls ist die Mutter daher zum Eingreifen berechtigt.

ohne Vertretungsbefugnis und gegen die entscheidende Stimme einer dritten, vormundschaftliche Gewalt über das Kind ausübenden Person. Der Vormund bzw. Pfleger würde hier innerhalb der gesetzlich bzw. vormundschaftsgerichtlich gezogenen Grenzen unter Ausschluß der Mutter allein zu handeln befugt sein, wenn nicht der § 1698 der Mutter neben ihm den bezeichneten Kreis von Rechten und Pflichten zugewiesen hätte.

a) Die elterliche Gewalt des Vaters ruht und die Mutter ist zur interimistischen Ausübung der Gewalt nicht berechtigt. Nach § 1773 wird hier für das Kind ein Vormund bestellt und neben diesem hat die Mutter dieselbe Stellung wie sonst neben dem Vater. In Betracht kommen hier die Fälle, in welchen die Mutter geschäftsunfähig[7]) oder beschränkt geschäftsfähig ist oder nach § 1910 einen Pfleger für ihre Person und ihr Vermögen erhalten hat (§ 1676), während gleichzeitig die elterliche Gewalt des Vaters aus irgend einem Grunde ruht. Behält der Vater — in den Fällen des § 1676 Abs. 2 — ebenfalls das Recht der tatsächlichen Sorge, so steht, wenn die Eltern unter sich oder mit dem Vormunde verschiedener Meinung sind, dem letzteren die entscheidende Stimme zu. Ist die Mutter beim gleichzeitigen Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters nur wegen Minderjährigkeit zur Ausübung der Gewalt nicht berechtigt, so hat sie angemessenerweise eine freiere Stellung gegenüber dem Vormunde, als in den übrigen Fällen ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit, und zwar insofern, als der Vormund in Sachen der persönlichen Fürsorge hier nur die Stellung eines Beistandes hat (§ 1696).[8])[9])

---

[7]) Im Gegensatze zu dem geschäftsunfähigen Vater (§ 1676 Abs. 1), welchem das Sorgerecht nicht verbleibt. Ob diese Bevorzugung der Mutter in der Absicht des Gesetzgebers lag, kann angezweifelt werden; mangels einer besonderen gegenteiligen Bestimmung aber ist der § 1698 auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit anwendbar. Uebereinstimmend Opet S. 305 Note 1, während Planck, Anm. 2 zum § 1698, diesen Fall nicht erwähnt. Abweichend Cosack II § 314 unter 3.

[8]) Ueber die Stellung des Beistandes vgl. unten Kapitel 8.

[9]) Irrtümlich bezieht Cosack II S. 538 unter 4 b) den § 1696 nur auf die Zeit nach Auflösung der Ehe, eine Auffassung, welche im Ausdruck des

b) Der Vater hat die elterliche Gewalt verwirkt (§ 1680), ist also wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu einer Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt. Die Verwirkung tritt mit Rechtskraft des Urteils ipso iure ein. Sie erstreckt sich nur auf das Kind, an welchem das Verbrechen oder das Vergehen begangen ist; hinsichtlich der anderen Kinder kann dem Vater jedoch bei solcher Veranlassung die Gewalt nach § 1666 vom Vormundschaftsgerichte teilweise entzogen werden. Ist die Verwirkung erfolgt, so wird dem Kinde ein Vormund bestellt, neben welchem dann die Mutter in den beschränkten Grenzen des § 1698, namentlich also gegen die entscheidende Stimme des Vormunds, für ihr Kind zu sorgen berechtigt und verpflichtet ist.

c) In derselben Rechtslage hinsichtlich der elterlichen Gewalt befindet sich die Mutter, wenn dem Vater die Vertretung des Kindes in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten entzogen oder an Stelle des Vaters für die Erziehung des Kindes ein Pfleger bestellt ist (§§ 1666, 1667, 1670), im ersten Falle dem Vormunde, im zweiten Falle dem Pfleger gegenüber. Das Recht der Erziehung oder der ganzen persönlichen Fürsorge kann dem Vater nach § 1666 entzogen werden,[10]) wenn er das geistige oder leibliche Wohl des Kindes durch Mißbrauch des Sorgerechtes,[11]) durch Vernachlässigung des Kindes oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten gefährdet; liegen außerdem die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 2 vor, so kann eine Entziehung der ganzen elterlichen Gewalt eintreten, während dem Vater bei Gefährdung des Vermögens des Kindes unter den Voraussetzungen der §§ 1667, 1670 die Vermögensverwaltung entzogen werden kann. Die Entziehung des

---

Gesetzes keinerlei Halt findet. Uebereinstimmend mit dem Texte dagegen Planck Anm. 3 zum § 1698, Opet S. 306 und Fischer und Henle Anm. 5 zum § 1698.

[10]) Auf Antrag der Mutter oder auf bezügliche Mitteilungen des Gemeindewaisenrates oder dritter Personen hin.

[11]) Insbesondere des Züchtigungsrechtes.

Rechtes der Sorge für die Person oder der Sorge für das Vermögen begreift die Entziehung des Vertretungsrechtes in den betreffenden Angelegenheiten in sich. Umgekehrt aber kann eine Entziehung des Vertretungsrechtes stattfinden, ohne daß das Recht der tatsächlichen Sorge dadurch berührt wird. Ist dem Vater nun das Vertretungsrecht sowohl in den die Person wie in den das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten entzogen, so wird nach § 1773 für das Kind ein Vormund bestellt; erstreckt sich die Entziehung nur auf das Recht der persönlichen Sorge oder aber bloß auf das Erziehungsrecht,[12]) so bestellt gemäß § 1909 das Vormundschaftsgericht für das Kind einen Pfleger. Neben dem Vormunde bzw. dem Pfleger hat die Mutter dann nach § 1698 dieselbe Stellung wie neben dem Vater. Ist dem Vater dagegen nur die Vermögensverwaltung entzogen, so tritt hinsichtlich des Rechtes der persönlichen Fürsorge eine Verschiebung der Verhältnisse nicht ein; die Mutter leitet vielmehr in diesem Falle ihr Recht weiter aus § 1634 her und übt es neben dem Vater aus.

Ueber zwei weitere Anwendungsfälle des § 1698 vgl. unten Kapitel 9 Seite 43 und 45.

* * *

Die Regelung derjenigen Fälle, welche der § 1685 Abs. 1 in sich begreift, entspricht den natürlichen Verhältnissen.[13]) Wenn der Mutter aber auch in den weiteren Ausnahmefällen des § 1698 ein beschränktes Recht der persönlichen Sorge eingeräumt ist, so bedeutet doch die Tatsache, daß das Gesetzbuch in den Fällen der Verwirkung und Entziehung der elterlichen Gewalt des Vaters die Mutter nicht zur vollen elterlichen Gewalt zugelassen hat, eine Un-

[12]) Der häufigste und wichtigste Fall. Nach § 1698 hängt denn auch das Gewaltrecht der Mutter allein von dem Umstande ab, daß für die Erziehung des Kindes ein Pfleger bestellt ist.

[13]) Angreifbar könnte es wohl erscheinen, daß der Mutter in den Fällen des § 1685 Abs. 1 nicht auch die Nutznießung gewährt ist, worüber sich Fuld in den Gutachten aus dem Anwaltsstande (Heft 6 S. 422) tadelnd ausspricht. Vgl. jedoch oben S. 21 Anm. 20.

billigkeit, welche mit dem Wesen der Ehe und den natürlichen — für viele andere Fälle vom Gesetz anerkannten — Rechten und Fähigkeiten der Mutter im Widerspruch steht. Zwar versuchen die Motive, die Stellungnahme des Gesetzgebers psychologisch zu begründen, wenn sie sagen:

> Eine gegenteilige Bestimmung würde bei der Abhängigkeit der Mutter von dem Vater und dem Einflusse des letzteren auf die Mutter den Erfolg der getroffenen Maßregel in vielen Fällen vereiteln oder eine Störung des ehelichen Friedens hervorrufen und eine den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechende Stellung der Mutter gegenüber dem Vater in Ansehung der Kinder mit sich bringen (IV S. 806).

Mir scheint doch, daß eine Verkennung der natürlichen Verhältnisse und der sich aus ihnen ergebenden Forderungen diese Begründung formuliert hat. Wenn im einzelnen Falle tatsächlich eine Mutter bei der Ausübung ihres Gewaltrechtes in der Ehe unter dem Einflusse des Vaters steht, so hört dieser Einfluß in dem Augenblicke auf, in welchem der Vater an dem Kinde ein Verbrechen oder schweres Vergehen verübt oder das Wohl des Kindes in anderer Weise so schwer gefährdet, daß ihm die Gewalt ganz oder teilweise entzogen werden muß. Eine Vereitelung der getroffenen Maßregel ist also keinesfalls zu erwarten. Wenn die Motive aber zweitens eine Störung des ehelichen Friedens befürchten, falls man der Mutter die Gewalt geben würde, deren sich der Vater unwürdig gezeigt hat, so dürfte doch demgegenüber — abgesehen davon, daß die Bestimmungen über die Beistandschaft der Mutter als Gewalthaberin nötigenfalls einen energischen Rückhalt verschaffen würden — mit einigem Rechte die Frage aufgestellt werden können, ob es angebracht war, aus Rücksicht auf einen verbrecherischen und doch pflichtvergessenen Vater das natürliche Recht der Mutter zu mißachten. Denn daß es drittens den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechen würde, wenn die Mutter unter solchen Umständen allein, unter Ausschluß des Vaters und einer dritten, dem Kinde fremden

Person, mit doppelter Sorge über ihr Kind wachen und seine Entwicklung leiten dürfte, ist eine Behauptung, welche die Motive zu begründen nicht unternommen haben.

Kapitel 7.

Die elterliche Gewalt der Witwe.

Die Bedenken, welche der Gesetzgeber einer Gleichstellung der Mutter mit dem Vater hinsichtlich der elterlichen Gewalt entgegensetzen zu müssen geglaubt hat, fallen, da sie alle aus der Annahme eines durch die Ehe begründeten natürlichen Uebergewichtes des Mannes über die Frau fließen, mit dem Tode des Mannes fort. Von diesem Zeitpunkte an ist die Mutter daher nach dem Gesetzbuche nicht nur die alleinige Inhaberin der elterlichen Gewalt, sondern sie darf sie auch in ihrem vollen Umfange ausüben (§ 1684 Abs. 1 Nr. 1).

Dasselbe gilt, wenn der Vater für tot erklärt ist, und zwar nicht erst von dem Tage der Todeserklärung, sondern schon von dem Zeitpunkte an, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile als vermutlicher Zeitpunkt des Todes bezeichnet ist. Denn da die Gewalt des Vaters gemäß § 1679 schon mit diesem Zeitpunkte endigt und die elterliche Gewalt anderseits gemäß § 1626, von den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, bis zur Volljährigkeit des Kindes ununterbrochen besteht, so setzt die Gewalt der Mutter in dem Augenblicke ein, in welchem die Gewalt des Vaters endigt. Dies hat jedoch nur die Bedeutung, daß etwaige Rechtshandlungen, welche die Mutter, obwohl sie sich ja zur Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrem vollen Umfange[1]) noch nicht für berechtigt halten konnte, von dem vermutlichen Todestage an bis zum Erlaß des die Todeserklärung aussprechenden Urteils in Ausübung der Gewalt tatsächlich vollzogen hat, rechtsgültig sind;

[1]) Zur Ausübung der Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung wird sie hier meistenfalls gemäß § 1685 Abs. 1 berechtigt sein.

nicht aber auch die Wirkung, daß, falls etwa gemäß § 1665 für das Kind ein Pfleger bestellt ist, die von diesem rechtsmäßig vorgenommenen Rechtshandlungen unwirksam werden.[2]) Ist die Mutter in solchen Fällen vor Erlaß des die Todeserklärung aussprechenden Urteils schon nach § 1685 Abs. 1 zur Ausübung der Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung berechtigt, so bewirkt die Bestimmung in § 1684 Abs. 1 Nr. 1, daß auch die vor Erlaß des Urteils seitens der Mutter etwa vorgenommenen Nutznießungshandlungen rechtsgültig sind.

Ist der Vater fälschlich für tot erklärt, so erlangt er die elterliche Gewalt dadurch wieder, daß er dem Vormundschaftsgerichte gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt (§ 1679 Abs. 2). Gibt er diese Erklärung nicht ab, so übt die Mutter die Gewalt weiterhin allein unter Ausschluß des Vaters aus. Es wird also nicht etwa ein Vormund bestellt.[3]) Denn der Rechtsgrund der elterlichen Gewalt der Mutter im Falle der Todeserklärung des Vaters liegt eben in der Todeserklärung, nicht aber in der Tatsache des Todes, die ja in solchen Fällen meist gar nicht mit voller Sicherheit festgestellt werden kann; die Wirkung der Todeserklärung hinsichtlich der elterlichen Gewalt kann aber lediglich durch eine Erklärung gemäß § 1679 Abs. 2 aufgehoben werden. — Gibt der Vater dagegen diese Erklärung gemäß § 1679 Abs. 2 ab, so endigt damit ipso iure die elterliche Gewalt der Mutter, und es tritt der frühere Rechtszustand wieder ein. Hat sich die Mutter jedoch in-

---

[2]) Die gegenteilige Ansicht Plancks, Erläuterungen zum § 1684 unter II, würde einen unerfreulichen Zustand der Rechtsunsicherheit zwischen den fraglichen Zeitpunkten herbeiführen.

[3]) Uebereinstimmend Planck, Erläuterungen zu § 1684 unter I, 2. Anders Knitschky S. 246. Wenn letzterer seine Meinung dadurch indirekt zu begründen versucht, daß „nach dem Sinne des § 1684 die Mutter nicht während bestehender Ehe und auch nicht bei Lebzeiten des Mannes . . . Gewalthaberin werden solle", so ist dieser Auffassung entgegenzusetzen, daß es erst recht nicht im Sinne des Gesetzes gelegen haben kann, der Mutter ihr Recht und ihre Pflicht nur deshalb wieder zu nehmen, weil es dem Vater aus irgend einem Grunde nicht beliebt, dem Vormundschaftsgerichte gegenüber die betreffende Erklärung abzugeben.

zwischen verheiratet,[4]) so daß also durch diesen neuen Eheschluß die frühere Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 aufgelöst ist, so regeln sich die Gewaltverhältnisse nach den Vorschriften, welche für eine geschiedene Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind (vgl. unten Kapitel 9 unter II).

Ist die Mutter nach dem tatsächlichen oder urteilsmäßig festgestellten mutmaßlichen Tode des Vaters Inhaberin der elterlichen Gewalt, so ist der Umkreis ihrer Rechte und Pflichten normalerweise derselbe wie für den Vater; alle für die elterliche Gewalt des letzteren geltenden Vorschriften finden auf die Gewalt der Mutter Anwendung (§ 1686). In ihrer Bewegungsfreiheit als Gewalthaberin kann sie jedoch unter Umständen durch Bestellung eines Beistandes beschränkt werden (§ 1687); hierüber vergleiche das folgende Kapitel. In zwei Fällen erleidet ferner die Regel des § 1686, welche die Mutter unter den Voraussetzungen des § 1684 dem Vater gleichstellt, zu ungunsten der Mutter eine Ausnahme.

1. Eine naturgemäße Ausnahme bildet der Fall der Minderjährigkeit der Mutter (§ 1696), welcher ja in dem Sinne auch nicht als Ausnahmefall anzusehen ist, als ein analoger Fall beim Vater, welcher erst nach erreichter Volljährigkeit heiraten darf und folglich als Minderjähriger noch kein eheliches Kind haben kann, nicht vorhanden ist. Der minderjährigen Mutter steht zwar die elterliche Gewalt zu; nach §§ 1676 Abs. 2, 1686 ruht diese aber. Es wird ein Vormund bestellt, und neben diesem gibt ihr der § 1696 das Recht und die Pflicht der persönlichen Sorge. Sie ist in der Ausübung dieses Sorgerechtes unabhängig von dem Vormunde, welcher in allen die persönliche Sorge betreffenden Angelegenheiten nur die Stellung eines Beistandes hat, also wohl das Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes bei gegebenen Voraussetzungen veranlassen kann, nicht aber bei Meinungsverschiedenheiten die entscheidende Stimme hat. Da jedoch die Vertretung des Kindes auch in den persönlichen Angelegenheiten dem Vormunde zusteht, ist diesem doch in manchen wichtigen Angelegenheiten ein entscheidender Einfluß ge-

[4]) Und dadurch die elterliche Gewalt bereits verloren (§ 1697). Vgl. unten S. 32 unter 2.

sichert. Immerhin ist der Fall der Minderjährigkeit der Mutter vor den übrigen Fällen der beschränkten Geschäftsfähigkeit durch die Bestimmung des § 1696 erheblich privilegiert, wie dies ja in der Natur der Sache begründet ist.

2. Eine weitere Ausnahme bildet die Bestimmung des § 1697, nach welcher die Witwe bei Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt verliert,[5]) aber unter den im Falle der Minderjährigkeit Platz greifenden Beschränkungen das Recht und die Pflicht der persönlichen Sorge behält. Das Kind erhält also auch in diesem Falle einen Vormund. Die Mutter selber kann zum Vormunde bestellt werden (mit der gewöhnlichen Beschränkung, daß der Ehemann seine Zustimmung dazu erteilen muß); die von ihr ausgeübte Gewalt ist dann aber eben keine elterliche, sondern eine vormundschaftliche.

Der Gesetzgeber ging hier von der Anschauung aus,

> daß der Mutter, welche eine neue Ehe schließt und dadurch in ein Abhängigkeitsverhältnis zu einem den Kindern aus der früheren Ehe fremden Manne tritt, von dem Gesichtspunkte der Gefährdung des Interesses der Kinder aus jedenfalls ein Recht auf die Sorge für das Vermögen und auf die gesetzliche Vertretung derselben in persönlichen Angelegenheiten als Ausfluß der elterlichen Gewalt nicht ferner gewährt werden könne (Motive IV S. 834),

erachtet es dann aber als unbedenklich, ihr das in der bezeichneten Weise eingeschränkte persönliche Fürsorgerecht zu lassen. Daß es unbedenklich ist, die leibliche Mutter neben einem Vormunde zur Fürsorge über die Person des Kindes zuzulassen, ist freilich so selbstverständlich, daß es keiner Worte bedurft hätte. Daß aber das Gesetz der wiederheiratenden Witwe die Gewalt bis auf den bezeichneten Rest nimmt, dürfte durch die natürlichen Verhältnisse durchaus nicht gerechtfertigt sein.[6]) Die Mutter hört nicht auf,

---

[5]) Und zwar definitiv, sodaß sie also auch nach Auflösung der zweiten Ehe die Gewalt über die Kinder erster Ehe nicht wiedererlangt.

[6]) Ebenso Fuld in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 6 S. 439, der auch mit Recht bemerkt, daß die Regelung des Gesetzes „nur allzu leicht

Mutter zu sein, wenn sie wiederheiratet. Kann im einzelnen Falle wirklich von einem (nicht bloß materiellen) Abhängigkeitsverhältnisse gesprochen werden, so ist dieses doch nicht geeignet, die natürlichen mütterlichen Gefühle auszurotten oder die Mutter in der Fähigkeit, Sorgerechte auszuüben, zu beschränken. Die Zurücksetzung der wiederheiratenden Mutter im Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine jener Unverständlichkeiten, welche nur als Ueberkommnis früherer Rechtsanschauungen zu erklären sind.

Kapitel 8.

Die Beistandschaft.

Die Bestimmungen über die Beistandschaft sind hier nur insoweit zu behandeln, als sie die elterliche Gewalt der Mutter unmittelbar berühren; die Bestimmungen über die Berufung, die Bestellung und Beaufsichtigung des Beistandes, über seine Haftung, seine Ansprüche und die ihm zu bewilligende Vergütung — Verhältnisse, für welche nach § 1694 Abs. 1 die gleichen Vorschriften wie bei einem Gegenvormunde gelten — scheiden hier aus. Darzustellen ist hier, unter welchen Voraussetzungen ein Beistand bestellt wird (§ 1687), welches sein Wirkungskreis ist und welche Befugnisse und Pflichten er innerhalb dieses Kreises hat (§§ 1688—1693), und unter welchen Bedingungen sein Amt endigt bzw. aufgehoben werden kann (§§ 1694, 1695).

I. Die Bestellung eines Beistandes erfolgt durch das zuständige Vormundschaftsgericht, und zwar entweder auf Anordnung des Vaters oder auf Antrag der Mutter selber oder aber nach billigem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes (§ 1687). Voraussetzung ist dabei, daß die Mutter die elterliche Gewalt ausübt, sei es nach § 1684, sei es nach § 1685. Nach § 1685 wird freilich

---

zu ärgerlichen Zwistigkeiten zwischen Mutter und Vormund führt, welche dem Wohle des Kindes nachteilig sind".

die Bestellung eines Beistandes nur in ganz besonderen Ausnahmefällen erforderlich erscheinen.[1])

1. Erstens hat der Vater das Recht, für die Mutter einen Beistand zu benennen, die Benennung ist jedoch nur wirksam, wenn ihm zur Zeit seines Todes das Recht der Vertretung des Kindes in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten zustand (§§ 1687 Nr. 1, 1777). Liegt diese Voraussetzung vor, so hat das Vormundschaftsgericht der Anordnung des Vaters ohne Prüfung ihrer Zweckmäßigkeit in jedem Falle nachzukommen. Zweifelhaft kann es sein, ob auf Grund einer vom Vater getroffenen Beistandsbenennung eine Bestellung durch das Vormundschaftsgericht auch dann zu erfolgen hat, wenn die vom Vater benannte Person gestorben ist oder das Amt zulässigerweise ablehnt oder zur Bekleidung des Amtes unfähig ist. Hier kann nur kasuistisch verfahren werden und der maßgebende Wille des Vaters ist aus den besonderen Umständen des Falles festzustellen.[2])[3])

2. Zweitens hat die Mutter selber das Recht, die Bestellung eines Beistandes zu fordern (§ 1687 Nr. 2). Das Vormundschaftsgericht hat ihrem Verlangen ohne Rücksicht auf die Motive nachzukommen. Beantragt sie die Bestellung nur für einen bestimmten Wirkungskreis, etwa nur für die Vermögensverwaltung, so wird dadurch das Recht des Vormundschaftsgerichts aus § 1687 Nr. 3

---

[1]) Und zwar findet hier eine Beistandsbestellung nur unter den Voraussetzungen des § 1687 Nr. 2 und 3 statt; eine Anordnung durch den Vater, die nur in Form einer letztwilligen Verfügung wirksam ist, kommt hier nicht in Betracht, da die Fälle des § 1685 in die Lebenszeit des Vaters fallen.

[2]) Wenn der Vater z. B. den einzigen Bruder seiner Frau zum Beistand bestimmt hat, dieser aber zur Zeit des Todes des Vaters entmündigt ist, würde die Bestellung eines andern Beistandes wohl nicht dem Willen des Vaters entsprechen.

[3]) Sehr fraglich erscheint es, ob eine Anordnung des Vaters im Sinne des § 1687 auch dann als vorliegend anzunehmen ist, wenn der Vater nach früherem Rechte die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen hat, da der Wille des Vaters sich hier überhaupt nicht auf die Bestellung einer Beistandschaft richtete. Abweichend Weißweiler, Ausübung der elterlichen Gewalt und Stellung des Beistandes S. 74.

nicht berührt; die Bestellung kann also auch für die persönlichen Angelegenheiten erfolgen.

3. Drittens ist das Vormundschaftsgericht befugt, der Mutter von sich aus einen Beistand zur Seite zu stellen (§ 1687 Nr. 3), aber nur, wenn die Bestellung im Interesse des Kindes aus besonderen Gründen erforderlich erscheint. Die Frage, ob im einzelnen Falle solche Gründe vorliegen, unterliegt der freien Würdigung des Vormundschaftsgerichtes; die im Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle, daß die Vermögensverwaltung besonders umfangreich oder schwierig ist, oder daß das Interesse des Kindes durch das Verhalten oder die Eigenschaften der Mutter gefährdet erscheint, entheben den Vormundschaftsrichter nicht der Aufgabe, unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Faktoren zu prüfen, ob eine Beistandsbestellung im Interesse des Kindes tatsächlich erforderlich ist.[4]) Die bloße Tatsache, daß der Vater eine Bestellung angeordnet hat, ist, wenn etwa jene Anordnung aus irgend einem Grunde unwirksam ist, an sich keineswegs ein genügender Grund für das Vormundschaftsgericht, nun seinerseits der Mutter einen Beistand zu bestellen.[5]) Denn nach dem Sinne des § 1687 Nr. 3 ist es durchaus erforderlich, daß das Vormundschaftsgericht auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse die Bestellung für erforderlich erachtet; diese innere Ueberzeugung kann aber niemals aus der Meinung oder gar dem bloßen Willen eines Dritten gewonnen werden.

II. Der Beistand kann für alle Angelegenheiten, für gewisse Arten von Angelegenheiten oder für einzelne Angelegenheiten bestellt werden (1688 Abs. 1). Es entscheidet über den Umfang des Wirkungskreises nicht die letztwillige Bestimmung des Vaters oder der Antrag der Mutter, sondern allein die vormundschaftliche Bestellung, welche freilich von der Bestimmung des Vaters, bzw. dem Antrag der Mutter, nur unter den Voraussetzungen des § 1687

---

[4]) Unter Umständen kann ein Einschreiten des Gerichtes nach § 1666 zweckmäßiger sein.

[5]) Anders Knitschky S. 252.

Nr. 3 abweichen darf. Im Zweifel erstreckt sich der Wirkungskreis des Beistands auf alle Angelegenheiten (§ 1688 Abs. 2).

Innerhalb seines Wirkungskreises hat der Beistand zur Mutter im allgemeinen die Stellung eines Gegenvormundes zum Vormunde. Der Mutter bleibt grundsätzlich das Recht, ihre elterliche Gewalt selbständig auszuüben; der Beistand hat sie jedoch innerhalb seines Wirkungskreises dabei zu unterstützen und zu überwachen (§ 1689).[6]) Um seiner Ueberwachung Wirkung zu verschaffen, ist bestimmt, daß er dem Vormundschaftsgerichte jeden Fall, in dem es gesetzlich zum Einschreiten berufen ist,[7]) unverzüglich anzuzeigen hat. Eine Ausdehnung der Ueberwachung auf Angelegenheiten außerhalb seines Wirkungskreises ist unzulässig. Was die Unterstützungspflicht des Beistandes betrifft, so dürfte eine Unterstützung der Mutter nur mit ihrer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung statthaft sein; denn der Begriff der Unterstützung kann im Zusammenhang des hier fraglichen Institutes nur so verstanden werden, daß sie der zu unterstützenden Person nicht gegen ihren Willen aufgedrängt werden kann.[8]) Widerstrebt also die Mutter einem Eingreifen des Beistandes, so hat er sich jedes aktiven Vorgehens zu enthalten, falls nicht etwa ein Fall vorliegt, in welchem das Vormundschaftsgericht zur Ergreifung von Schutzmaßregeln berufen ist; aber auch in solchem Falle darf er nicht gegen den Willen der Mutter selbsttätig eingreifen, sondern hat nur das Recht und die Pflicht der Anzeige an das Vormundschaftsgericht.

In einer Reihe von wichtigen Ausnahmefällen ist die Mutter jedoch an die Mitwirkung des Beistandes gebunden, und zwar bei allen denjenigen Rechtsgeschäften, bei welchen ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes bedarf (§ 1690); die Form der Mitwirkung ist auch beim Beistande die Genehmigung. Bei Rechtsgeschäften, welche der Gewaltinhaber

---

[6]) Während der Gegenvormund bloß ein Ueberwachungs-, kein Unterstützungsorgan ist (§ 1799).

[7]) Also nicht bei geringfügigen Verstößen. Vgl. Weißweiler a. a. O. S. 84.

[8]) Ebenso Weißweiler a. a. O. S. 82.

nach den gewöhnlichen Vorschriften nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vornehmen kann, bedarf die Mutter jedoch nicht auch der Genehmigung des Beistandes. Im übrigen finden bezüglich der Genehmigung die vormundschaftlichen Bestimmungen der §§ 1828—1831 entsprechende Anwendung.

Die Genehmigung des Beistandes kann auf Anrufung seitens der Mutter durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ersetzt werden; dieses soll jedoch vor seiner Entscheidung den Beistand hören, sofern dies tunlich ist (§ 1690 Abs. 2 und 3).

In allen Fällen des rechtlichen oder tatsächlichen Eingreifens seitens des Beistandes ist es rechtliche Voraussetzung, daß die fragliche Angelegenheit in den bestellungsmäßigen Wirkungskreis des Beistandes fällt. Dies muß auch für den Fall des § 1692 angenommen werden, obwohl das Gesetz es, im Gegensatz zu der Bestimmung in § 1691, nicht ausspricht; danach ist zur Aufnahme des Vermögensverzeichnisses nach dem Tode des Vaters der Beistand nur dann hinzuzuziehen, wenn seine Bestellung sich auf die Vermögensverwaltung erstreckt; bezieht sie sich nur auf bestimmte Geschäfte innerhalb der Vermögensverwaltung, so braucht er nur insoweit hinzugezogen zu werden. Will die Mutter zum Vermögen des Kindes gehörendes Geld anlegen, so bedarf sie auch hierzu, falls diese Angelegenheit als Bestandteil der Vermögensverwaltung zum Wirkungskreis des Beistandes gehört, der Genehmigung desselben, und zwar soll dann die Anlegung mit der Bestimmung erfolgen, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Beistandes oder des Vormundschaftsgerichtes[9]) erforderlich ist (§§ 1691, 1810, 1809).

Will die Mutter sich ihrer Pflicht der Vermögenssorge sowie der damit verbundenen Vertretungspflicht in Vermögensangelegenheiten überhaupt entledigen, so bietet ihr der § 1693 den Weg dazu. Das Vormundschaftsgericht kann auf ihren Antrag dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen; verpflichtet ist es jedoch nicht dazu, und es wird den Antrag der

---

[9]) § 1690 Abs. 2.

Mutter zurückweisen, wenn Grund zu der Annahme vorliegt, daß die Befreiung der Mutter von ihrer Pflicht der Vermögenssorge dem Interesse des Kindes widerstrebt. Anderseits darf das Vormundschaftsgericht hierbei nicht über den Antrag der Mutter hinausgehen, dem Beistande also nicht die ganze Vermögenssorge übertragen, wenn die Mutter bloß eine teilweise beantragt hat. Soweit dem Beistande die Vermögensverwaltung übertragen ist, endigt auch die Haftung der Mutter, und das ihr verbleibende Nutznießungsrecht beschränkt sich auf einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen. Der Beistand erlangt in solchem Falle hinsichtlich der ihm übertragenen Verwaltungsgeschäfte die Stellung eines Pflegers.

III. Der Beistand hat seine Befugnisse und Pflichten nur neben der Mutter. Ueberläßt die Mutter die Ausübung der Gewalt dem Beistande, so bleibt sie dem Kinde gegenüber verantwortlich.

Die Beistandschaft endigt, wenn die Gewalt der Mutter endigt oder ruht (§§ 1694 Abs. 1 und 2, 1895). Außerdem wird die Beistandschaft beendigt durch Aufhebung seitens des Vormundschaftsgerichts. Eine solche ist jedoch nicht zulässig, wenn die Bestellung der Beistandschaft auf Anordnung des Vaters erfolgt ist. Hat die Mutter die Bestellung beantragt, so soll[10]) sie nur mit ihrer Zustimmung aufgehoben werden. Das Gleiche gilt für den Fall, daß dem Beistande nach § 1693 die Vermögensverwaltung übertragen ist. Hat das Vormundschaftsgericht den Beistand nach § 1687 Nr. 3 von sich aus bestellt, so wird es die Bestellung nur aufheben, wenn die Gründe, welche zu der Bestellung Anlaß gaben, in Wegfall geraten.

* * *

Es ist klar, daß eine Einrichtung, welche eine der Mutter möglicherweise ganz fremde oder doch fernstehende Person bevoll-

---

[10]) Salinger im Zentralbl. für freiw. Gerichtsbarkeit sagt hier fälschlich „kann". Eine Aufhebung der Beistandschaft ohne die erforderliche Zustimmung der Mutter ist aber an sich gültig, kann jedoch von der Mutter gemäß §§ 19 ff. des Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsb. durch Beschwerde angefochten werden.

mächtigt und verpflichtet, die Mutter bei Ausübung ihrer elterlichen Gewalt nicht nur zu unterstützen, sondern auch zu überwachen, auf den lebhaften Widerstand aller derjenigen stoßen muß, welche in der Frau ein gleichberechtigtes soziales und gesellschaftliches Wesen sehen.[11]) Gegen den Fall des § 1687 Nr. 2 ist freilich nicht viel zu sagen; wenn die Mutter sich, wie es übrigens wohl nur selten vorkommen wird, der Verwaltung des Kindervermögens nicht gewachsen fühlt, mag sie sich einen Beistand wählen; ebenso in dem zweifellos noch viel selteneren Falle, daß sie in der persönlichen Fürsorge nach einer Unterstützung durch eine dritte Person verlangt.[12]) Im übrigen aber dürfte die Zweckmäßigkeit und Billigkeit dieser Einrichtung, welche ja freilich den Charakter einer Uebergangsbestimmung an der Stirn trägt, mindestens angezweifelt werden können. Denn von dem Falle, daß die Mutter selber die Bestellung eines Beistandes beantragt, abgesehen, kann für die Bestellung eines Beistandes im wesentlichen nur der Gesichtspunkt des Schutzes der Kindesinteressen maßgeblich sein. Die für die Mutter in gleicher Weise wie für den Vater geltenden Bestimmungen der §§ 1666 bis 1670 würden aber zum Schutze der Person und des Vermögens des Kindes vollkommen ausreichen. Von dem Standpunkte aus, auf welchem das Gesetzbuch dem Problem der elterlichen Gewalt gegenüber stehen geblieben ist, ist freilich auch die Einrichtung der Beistandschaft zu verstehen; und neben der überkommenen Abneigung gegen eine Gleichstellung der Geschlechter hinsichtlich der elterlichen Gewalt dürfte gerade hier ein Mißtrauen gegen die Eigenschaften und Fähigkeiten der Frau eine entscheidende Rolle gespielt haben.

---

[11]) Die Entwurfsliteratur hat sich hinsichtlich der Einrichtung der Beistandschaft im Ganzen zustimmend verhalten. Einige Stimmen haben an Stelle der Beistandschaft die Bestellung einer Vormundschaft verlangt, sei es — wie nach dem früheren Rechtszustande — für alle Fälle nach Wegfall der väterlichen Gewalt, sei es für die Fälle des § 1687. Vgl. Gutachtl. Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. Band 4 S. 376 ff. Entgegengesetzt Bulling S. 161 ff.

[12]) Bei zweckmäßiger Erweiterung der Bestimmungen über die Pflegschaft dürfte übrigens auch für diese Fälle das Institut einer Beistandschaft wohl entbehrlich sein.

Aber die Praxis hat die Voraussetzungen dieser gesetzgeberischen Einrichtung als Irrtümer bloßgelegt. Wer etwa Gelegenheit hat, in die Gerichtsschreiberei dieses und jenes Amtsgerichts zu blicken, wird oft genug ein Fach mit dem Titel „Beistandschaften" sehen, in welchem zwei Aktendeckel ohne Inhalt liegen. So ironisiert das Leben die vorsichtige Zaghaftigkeit des Gesetzgebers.

Kapitel 9.

Die elterliche Gewaltstellung der Mutter nach Auflösung der Ehe durch Scheidung und durch Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung des anderen Elternteils.

Außer durch den Tod eines Ehegatten wird die Ehe aufgelöst durch Scheidung und durch Wiederverheiratung eines Ehegatten nach voraufgegangener Todeserklärung des anderen.

I. Sind die Ehegatten geschieden, so finden hinsichtlich der Gewaltverhältnisse besondere Bestimmungen Anwendung, welche dahin zielen, die den Elternteilen während der Ehe zustehenden Rechte und Pflichten nach Maßgabe der durch das Scheidungsurteil festgestellten Verhältnisse zu erweitern bzw. zu beschränken. Wird die Ehe auf Grund von Geisteskrankheit des einen Elternteiles geschieden (§ 1569), so greifen naturgemäß ganz besondere rechtliche Verhältnisse Platz, während die Regelung der Gewaltverhältnisse bei einer Scheidung auf Grund eines Verschuldens (§§ 1565—1568) sich näher an die für die Ehe geltende Gewaltordnung hält. In jedem Falle aber berührt die Scheidung die elterliche Gewalt nicht in ihrer Zuständigkeit, sondern nur in ihrer Ausübung.[1])

1. In den Fällen, wo ein Verschulden (Ehebruch, Lebensnachstellung, bösliche Verlassung oder schwere Verletzung der ehelichen Pflichten) die Scheidung der Ehe herbeigeführt hat, erstrecken

[1]) Falls nicht etwa eine Verwirkung der Gewalt seitens des Vaters hinzutritt (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2); s. u.

sich die Wirkungen der Scheidung bloß auf die Sorge für die Person des Kindes,[2]) lassen also die Vermögensverwaltung und Nutznießung des Vaters, auch wenn er der schuldige Teil ist, unberührt; auch die volle Vertretung des Kindes verbleibt ihm in jedem Falle (§ 1635 Abs. 2). Namentlich hinsichtlich dieses letzten Punktes widerstrebt die Stellung des Gesetzbuchs vollkommen den natürlichen Verhältnissen und ist als sehr bedenklich zu bezeichnen; denn es muß notwendig zu zahlreichen Konflikten führen, wenn die Mutter die Sorge für die Person des Kindes hat, dem Vater aber die Vertretung des Kindes in ebendiesen Angelegenheiten unter Ausschluß der Mutter zusteht. Was das Gesetz dagegen hinsichtlich der tatsächlichen persönlichen Fürsorge für die verschiedenen möglichen Fälle des Verschuldens im § 1635 bestimmt, ist im einzelnen in seiner Zweckmäßigkeit unanfechtbar. Wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, steht die tatsächliche persönliche Fürsorge dem anderen allein zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren und für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn über sechs Jahre dem Vater zu.[3]) Verweigert der Vater die Herausgabe eines Kindes, hinsichtlich dessen der Mutter nach den aufgeführten Regeln die persönliche Sorge zusteht, so kann die Mutter ihn auf Herausgabe verklagen (§ 1632). Ist der eine Elternteil von der persönlichen Sorge ausgeschlossen, so verbleibt ihm die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren (§ 1636). In allen Fällen des § 1635 kann jedoch das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung treffen, wenn ihm eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten erscheint. Es ist dies eine Befugnis von großer Tragweite. Das Vormundschaftsgericht ist hierdurch in die Lage gesetzt, unter Umständen den durch das Scheidungsurteil und die

---

[2]) Und zwar erfolgt der Eintritt dieser Wirkungen mit dem Erlaß, nicht erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils, vgl. Opet S. 320 Note 1.

[3]) Das hier zum Ausdruck gelangende Verschuldensprinzip wird in einzelnen Fällen ja zweifellos zu Härten führen; im ganzen aber dürfte es der Billigkeit entsprechen, und es wäre zu wünschen, daß es vom Gesetze hinsichtlich der ganzen elterlichen Gewalt konsequent durchgeführt wäre.

Bestimmungen des § 1635 hinsichtlich der elterlichen Gewalt geschaffenen Rechtszustand, soweit die tatsächliche persönliche Sorge sich erstreckt, umzukehren. Ein Antrag seitens eines Elternteiles ist nicht erforderlich; vielmehr ist das Vormundschaftsgericht zur Ausübung seiner Befugnis schon berechtigt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse, also z. B. auch die Liebe oder Abneigung des Kindes einem Elternteile gegenüber, eine anderweite Anordnung im Interesse des Kindes[4]) geboten erscheinen lassen. Eine ähnliche Befugnis steht dem Vormundschaftsgerichte im Falle des § 1636 zu; es kann nämlich den Verkehr des von der persönlichen Sorge ausgeschlossenen Elternteiles mit dem Kinde näher regeln. Schon der Ausdruck sagt, daß das Recht des Verkehrs vom Vormundschaftsgerichte nicht aufgehoben oder ungebührlich eingeschränkt werden darf. Die Anordnungen können vom Vormundschaftsgericht wieder aufgehoben werden, wenn sie nicht mehr erforderlich sind.

Den geschiedenen Eltern steht es dagegen nicht frei, die Gewaltverhältnisse nach der Scheidung von sich aus auf vertraglichem Wege in anderer Weise zu regeln, als es im § 1635 vorgesehen ist.[5]) Ueberläßt derjenige Elternteil, welchem nach § 1635 die persönliche Sorge zusteht, nichtsdestoweniger dem anderen Teile die Ausübung dieses Rechtes und dieser Pflicht, so begründet dies für letzteren ebensowenig eine Verantwortlichkeit dem Kinde gegenüber, wie es die Verantwortlichkeit des ersteren zu beseitigen vermag.

Die Bestimmungen des § 1635 gelten nur, solange beide Elternteile am Leben sind. Stirbt der Vater vor der Mutter, so erlangt letztere nach § 1684 die elterliche Gewalt, auch wenn sie der allein schuldige Teil ist.

Ruht dagegen die Gewalt des Vaters nach erfolgter Scheidung, so hat die Mutter nach § 1685 Abs. 2 das Recht, die Uebertragung der gesamten Gewaltausübung auf ihre Person beim Vormundschaftsgerichte zu beantragen; letzteres hat dem Antrage Folge zu geben, wenn keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. In dieser Richtung ist also die Mutter nach der

[4]) Nicht im Interesse eines Elternteils.

[5]) Im Gegensatz zum österreichischen B.G.B. Vgl. Haidlen zu § 1635.

Scheidung erheblich schlechter gestellt als bei bestehender Ehe, wo sie nicht nur in jedem Falle des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters, sondern auch in den Fällen einfacher Verhinderung des Vaters die Gewalt ipso iure ausübt. Dagegen begreift die Gewaltübertragung nach § 1685 Abs. 2 auch die Nutznießung in sich, während die Mutter in den entsprechenden Fällen bei bestehender Ehe (§ 1685 Abs. 1) von der Nutznießung ausgeschlossen bleibt. Stellt die Mutter den Antrag auf Uebertragung der Gewalt nicht, so wird nach § 1773 für das Kind ein Vormund bestellt, da alsdann weder der Vater noch die Mutter in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Kindes berechtigt ist. Neben dem Vormunde hat die Mutter dann nach § 1698 dieselbe Stellung wie während der Ehe neben dem Vater,[6]) vorausgesetzt, daß sie nicht schon nach § 1635 größere Rechte hat.

Verwirkt der Vater nach der Scheidung seine Gewalt, so steht der Mutter mit Rechtskraft des Strafurteils die elterliche Gewalt zu (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2); sie braucht ihr also nicht erst übertragen zu werden. Dasselbe gilt, wenn der Vater die Gewalt bereits vor der Scheidung verwirkt hat; die für das Kind bestellte Vormundschaft endigt mit Erlaß des Scheidungsurteils und macht der elterlichen Gewalt der Mutter Platz. In den Fällen der Verwirkung der Gewalt durch den Vater ist die Mutter nach Scheidung der Ehe sonach als Gewalthaberin erheblich günstiger gestellt als

---

[6]) Cosack II § 314 unter 3 erstreckt die Wirkung des § 1698 nur auf die Zeit der Ehe. Eine solche Beschränkung ist aber nach dem Wortlaute des § 1698 nicht zulässig. Vgl. auch Planck Anm. 2 zu § 1698. Ein Antrag, in den Wortlaut des § 1698 die Worte „während bestehender Ehe" aufzunehmen, ist übrigens in der zweiten Lesung des Entwurfes mit der ausdrücklichen Begründung abgelehnt worden, daß der § 1698 auch Anwendung finde, wenn die Ehe wegen unheilbarer Geisteskrankheit des Mannes geschieden sei; vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B.G.B. Band 4 S. 301. Der hier genannte Fall der unheilbaren Geisteskrankheit des Mannes ist aber keineswegs der einzige mögliche; in Betracht kommt hier namentlich auch Verschollenheit und Verurteilung des Vaters zu lebenslänglichem Zuchthaus (Opet S. 324).

in den gleichen Fällen während bestehender Ehe, wo ihr nur das schmale Recht aus § 1698 zusteht. Konsequenterweise hätte aber das Gesetz der Mutter die Gewalt nach Scheidung der Ehe auch dann überlassen müssen, wenn dem Vater die Gewalt vor oder nach der Scheidung gemäß § 1666 entzogen ist, denn die Motivierung der Uebergehung der Mutter bei Verwirkung der Gewalt durch den Vater während bestehender Ehe ist dieselbe, wie bei der Entziehung; hat das Gesetz dadurch, daß es der geschiedenen Mutter im Falle der Gewaltverwirkung durch den Vater die elterliche Gewalt zusprach, anerkannt, daß jene Motive nach Scheidung der Ehe nicht mehr Platz greifen, so mußte es der Mutter die Gewalt auch im Entziehungsfalle geben. Daß das Gesetz diese einfache Konsequenz nicht gezogen hat, ist lebhaft zu bedauern.

Die Wirkungen der Ehescheidung hinsichtlich der elterlichen Gewalt treten auch ein, wenn nach § 1675 die eheliche Gemeinschaft durch Urteil aufgehoben ist (§ 1586).

2. Erfolgt die Scheidung der Ehe auf Grund von Geisteskrankheit des einen Elternteils, so greifen die Bestimmungen über das Ruhen der elterlichen Gewalt Platz. Ist die Mutter der geisteskranke Teil, so übt der Vater die Gewalt unter Ausschluß der Mutter aus. Ist der Vater geisteskrank (§§ 104, 1676), so kann die geschiedene Mutter nach § 1685 Abs. 2 die Uebertragung der Gewaltausübung auf ihre Person beim Vormundschaftsgerichte beantragen, und zwar nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, nicht schon nach Erlaß desselben.[7]) Eine Gewaltausübung von Gesetzes wegen tritt hier also nicht ein. Auch ist dem Antrage nur stattzugeben, wenn keine Aussicht auf Heilung vorhanden ist. Diese Voraussetzung wird allerdings regelmäßig gegeben sein, da die Scheidung nach § 1569 nur erfolgen kann, wenn jede Aussicht auf Wiederherstellung der geistigen Gemeinschaft ausgeschlossen ist; hier fällt also der Scheidungsgrund mit der nach § 1685 Abs. 2 erforderlichen Voraussetzung für die Uebertragung der Gewaltausübung

[7]) Der Antrag ist gemäß § 1685 Abs. 2 erst nach Auflösung der Ehe statthaft; die Auflösung tritt aber erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils ein (§ 1564).

auf die Mutter zusammen. Stellt die Mutter den Antrag nicht, so ist ein Vormund zu bestellen, neben welchem sie nach § 1698 das Recht der tatsächlichen persönlichen Fürsorge hat.[8])

II. Ist ein Ehegatte für tot erklärt und geht der andere Teil eine neue Ehe nicht ein, so greifen die oben in Kapitel 7 besprochenen rechtlichen Verhältnisse Platz. Schließt der andere Teil aber eine neue Ehe und wird somit durch den Akt der Eheschließung die frühere Ehe aufgelöst (§ 1348 Abs. 2), so gilt für den Fall, daß der für tot erklärte Elternteil noch lebt und zurückkehrt, in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes das Gleiche, wie wenn die Ehe geschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt sind (§ 1637). Ist der Vater der für tot erklärte Teil, so erlangt er also zwar, mit der dem Vormundschaftsgerichte gegenüber gemäß § 1679 Abs. 2 abgegebenen Willenserklärung, hinsichtlich aller Kinder die elterliche Gewalt wieder; die Sorge für die Person steht ihm jedoch nur über einen mehr als sechsjährigen Knaben zu.[9]) An eine Willenserklärung gegenüber dem Vormundschaftsgerichte ist die Rückerlangung dieses persönlichen Fürsorgerechtes nicht gebunden. Hinsichtlich eines Knaben unter 6 Jahren und eines Mädchens verbleibt die persönliche Sorge der Mutter. Erlangt der Vater die elterliche Gewalt zurück, so steht ihm auch hinsichtlich einer Tochter und eines noch nicht sechsjährigen Sohnes das volle Vertretungsrecht zu; andernfalls verbleibt es dem Vormunde.[10]) Ist die Mutter der fälschlich für tot erklärte Elternteil und kehrt sie nach Wiederverheiratung des Vaters zurück, so erlangt sie das Recht der tatsächlichen persönlichen Sorge über einen Knaben unter 6 Jahren sowie über eine Tochter zurück, während die elterliche Gewalt im übrigen einschließlich der Vertretungsbefugnis dem Vater verbleibt. — Das Vormundschaftsgericht ist hin-

---

[8]) Vgl. oben S. 43 Note 6. Abweichend Cosack II § 314 unter 2.

[9]) Die elterliche Gewalt des Vaters löst in diesem Falle die errichtete Vormundschaft ab; die elterliche Gewalt der Mutter ist durch ihre Wiederverheiratung erloschen (§ 1697).

[10]) Vgl. oben Note 9.

sichtlich der tatsächlichen persönlichen Sorge auch hier zu anderweiter Regelung im Interesse des Kindes berechtigt.

Ueber das Recht aus § 1637 hinaus erwirbt die Mutter unter den gewöhnlichen Voraussetzungen die elterliche Gewalt; insbesondere auch, wenn der Vater vor oder nach seiner Wiederverheiratung die elterliche Gewalt über ein Kind aus der früheren Ehe verwirkt (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2).

Kapitel 10.

Die elterliche Gewaltstellung der Mutter bei Nichtigkeit der Ehe.

Die natürliche Pflicht, welche dem elterlichen Gewaltverhältnisse zugrunde liegt, entspringt nicht der Formalität eines rechtsgültigen Eheschlusses, sondern der natürlichen Tatsache der Vaterschaft und Mutterschaft. Das Gesetz kann daher weder beim Mangel eines ehelichen Verhältnisses zwischen den Eltern des Kindes noch bei Nichtigkeit einer eingegangenen Ehe ein elterliches Gewaltverhältnis ausschließen.

Ist eine Ehe nichtig, so geht das Gesetz bei der Zumessung elterlicher Gewaltrechte, ähnlich wie im Falle der Scheidung, von dem Verschuldensprinzip aus; das Verschulden liegt hierbei in der Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung.[1] [2] Das Kind gilt als ehelich, wenn nicht beide Eltern die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben; natürlich unter der Voraussetzung, daß es im Falle der Gültigkeit der Ehe auch wirklich als eheliches, nicht etwa dennoch als uneheliches Kind anzusehen sein würde (§ 1699). Im einzelnen sind vier Fälle zu unterscheiden.

---

[1] Nachträgliche Kenntnis ist unschädlich.

[2] Nicht Platz greift das Verschuldensprinzip im Falle der sog. Nichtehe, wenn die Nichtigkeit auf einen Formmangel beruht und die Ehe nicht ins Heiratsregister eingetragen ist. Vgl. unten unter 4.

1. Beiden Eltern war die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt. Der Umfang der Gewaltrechte der Eltern richtet sich hier nach den Vorschriften, die für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind (§§ 1700, 1635). Während der Vater also die elterliche Gewalt hat, ist die Mutter auf die tatsächliche persönliche Fürsorge für einen Sohn unter 6 Jahren sowie für eine Tochter beschränkt, aber zur Ausübung dieses Rechtes unter Ausschluß des Vaters berechtigt; die Vertretungsbefugnis verbleibt in jedem Falle dem Vater. Auch hier ist dem Vormundschaftsgerichte hinsichtlich der tatsächlichen persönlichen Sorge eine abweichende Anordnung im Interesse des Kindes gestattet. Auch greift die Bestimmung des § 1636 über den persönlichen Verkehr des von der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossenen Elternteiles mit dem Kinde Platz. Ruht die Gewalt des Vaters oder verwirkt er sie, so finden die Vorschriften der §§ 1685 Abs. 2, 1698, 1684 Abs. 1 entsprechende Anwendung; stirbt der Vater oder wird er für tot erklärt, so erlangt die Mutter die elterliche Gewalt.

2. Die Nichtigkeit der Ehe war beim Eheschluß allein dem Vater bekannt. Dann hat der Vater keinerlei Gewaltrechte über das Kind, auch nicht das Recht des persönlichen Verkehrs (§ 1701). Die Gewalt steht vielmehr im vollen Umfange der Mutter zu, und zwar von der Geburt des Kindes an,[3]) nicht erst mit einem die Nichtigkeit aussprechenden Urteilsspruche, oder, wie Dernburg[4]) annimmt, auf Grund einer auf das Nichtbestehen der Gewalt des Vaters wegen Schlechtgläubigkeit desselben gerichteten Feststellungsklage. Bestreitet freilich der Vater seine Schlechtgläubigkeit, so hat die Mutter die Beweislast, denn der gute Glaube wird präsumiert.[5]) Aus dem Gesagten folgt, daß alle von dem Vater in Ausübung der Gewalt etwa vorgenommenen

[3]) Ebenso Cosack II § 332 unter I 2.

[4]) Bürgerl. Recht IV § 86 unter II.

[5]) Vgl. auch Endemann II § 205 Anm. 4; Dernburg a. a. O. § 86 Anm. 1.

Vertretungshandlungen ungültig sind. Eine Erwerbung der Gewalt durch den Vater ist auch nach dem Tode der Mutter ausgeschlossen.

3. Die Nichtigkeit der Ehe war beim Eheschluß allein der Mutter bekannt.[6]) Im Gegensatze zu dem bösgläubigen Vater hat die bösgläubige Mutter wenigstens diejenigen Rechte, welche im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen (§ 1702). Ohne Einschränkung bezieht sich dies jedoch bloß auf das der Mutter nach § 1636 zustehende Recht des persönlichen Verkehres mit dem Kinde, während im übrigen die Rechtsstellung der Mutter durch die Bestimmungen in Abs. 2 und 3 des § 1702 in einschränkendem Sinne abweichend geregelt ist. Ist nämlich der Vater gestorben oder endigt seine Gewalt aus einem anderen Grunde (Verwirkung oder Entziehung), so erwirbt die Mutter nicht die elterliche Gewalt, sondern nur das Recht und die Pflicht der persönlichen Sorge, unter Ausschluß der Vertretung; neben ihr hat der zu bestellende Vormund hinsichtlich der tatsächlichen persönlichen Sorge die Stellung eines Beistandes. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters bloß, so hat die Mutter nicht das Recht aus § 1685 Abs. 2; sie erlangt vielmehr nur dieselbe Stellung wie im eben besprochenen Falle des § 1702 Abs. 2, und zwar auch nur dann, wenn die Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 ruht, also nicht im Falle des § 1676 Abs. 2 (§ 1702 Abs. 3).

4. Beiden Eltern war die Nichtigkeit der Ehe beim Eheschluß bekannt. In diesem Falle sind die Kinder unehelich; der Vater hat keinerlei Gewaltrechte, und die Mutter hat die im folgenden Kapitel zu behandelnde Stellung der unehelichen Mutter. Dasselbe gilt für den Fall, daß die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe auch nicht in das Heiratsregister eingetragen ist, gleichgültig, ob die Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschließung gekannt haben[7]) oder nicht (§ 1699 Abs. 2).

[6]) Beweislast wie unter 2.

[7]) Was natürlich regelmäßig der Fall sein wird. Vgl. Dernburg Bürgerl. Recht 4 § 85 Anm. 6.

Als nichtig ist auch die anfechtbare Ehe anzusehen, wenn sie mit Erfolg angefochten ist (§ 1343); die Vorschriften der §§ 1699 bis 1703 finden daher auf diese anfechtbaren und angefochtenen Ehen Anwendung. Kannten beide Ehegatten den Anfechtungsgrund bei der Eheschließung, so sind die Kinder also unehelich. Ist die Ehe jedoch auf Grund einer Drohung geschlossen, so gelten die Kinder, wenn auch die Ehe tatsächlich angefochten und für nichtig erklärt wird, ausnahmsweise nicht als unehelich, obgleich ja beide Eltern bei der Eheschließung insofern bösgläubig waren, als sie — drohender und bedrohter Teil — die Drohung, also den die Nichtigkeit herbeiführenden Anfechtungsgrund, kannten. Der bedrohte und zur Anfechtung berechtigte Teil ist hier vielmehr billigerweise einem Ehegatten gleichgestellt, welchem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt war (§ 1704).

Kapitel 11.

Die mütterliche Gewalt über ein uneheliches Kind.

Unehelich ist:

1. das Kind einer unverheirateten Mutter;
2. ein Kind aus nichtiger Ehe, wenn beide Eltern die Nichtigkeit kannten oder wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht;
3. das Kind einer Ehefrau, dessen Ehelichkeit mit Erfolg angefochten ist.[1])

Ein uneheliches Kind gilt als nicht verwandt mit dem Vater. Im Verhältnis zur Mutter (und deren Verwandten) hat es jedoch

[1]) Die sog. Brautkinder haben heute keine bevorzugte Stellung mehr vor den anderen unehelichen Kindern, wogegen sich mit Recht Gierke gewendet hat (vgl. Gutachtliche Aeußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B. 4 S. 431). Ueber die literarischen Stimmen für und gegen die Gleichstellung mit den unehelichen Kindern vgl. auch Kleinberger, Würzburger Dissertation 1899 S. 16 Anm. 14.

die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1705).[2]) Nach diesem Grundsatze würde die Mutter auch die elterliche Gewalt über das Kind haben; diese Konsequenz ist aber ausgeschlossen durch die Bestimmung des § 1707: Der Mutter steht nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu. Sie hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt.

Danach erstreckt sich das Gewaltrecht der unehelichen Mutter[3]) lediglich auf die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes, also auch unter Ausschluß des Vertretungsrechtes in den persönlichen Angelegenheiten.[4]) Insofern entspricht ihre Stellung den Befugnissen der Mutter eines ehelichen Kindes. Da jedoch nicht die entscheidende Stimme eines Dritten eingreift, vermag sie immerhin freier zu handeln; der nach § 1773 zu bestellende Vormund hat in den persönlichen Angelegenheiten nur die Stellung eines Beistandes (§ 1707 letzter Satz). Der Ausübung des Sorgerechtes steht es nicht entgegen, wenn die uneheliche Mutter noch minderjährig ist oder unter Vormundschaft steht.

Ein Recht auf Vormundsbenennung hat die uneheliche Mutter nicht, da dies Recht ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist.[5]) In erster Linie zum Vormund berufen ist daher — da das uneheliche Kind einen Großvater von väterlicher Seite rechtlich nicht hat — der Großvater des Mündels von mütterlicher Seite, also der Vater der unehelichen Mutter (§ 1776). Der § 1778 Abs. 3 bestimmt jedoch, daß vor dem Großvater die Mutter selber zum Vormunde bestellt werden darf, ohne also der Mutter ein Recht auf Be-

---

[2]) Hierin steckt ein Rest des alten Mutterrechtes, worauf Gierke (vgl. a. a. O. S. 430) hinweist.

[3]) Eine ungenaue Bezeichnung, die sich aber ihrer Einfachheit wegen oft aufdrängt. „Unverheiratete Mutter" würde für viele Fälle nicht stimmen.

[4]) Insbesondere ist die Mutter daher nicht zur Erhebung der Alimentenklage berechtigt; es ist dies vielmehr Sache des Vormundes.

[5]) Es liegt entschieden eine Härte darin, gerade der unehelichen Mutter die Vormundsbenennung nicht zu gestatten und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, die Sorge für das vaterlose Kind einem Menschen, der ihr Vertrauen hat, zuzuwenden, wenn auch nur durch letztwillige Verfügung.

stellung vor dem Großvater einzuräumen. Es ist auch durchaus zulässig, den unehelichen Vater des Kindes zum Vormunde zu bestellen.[6])

Eine der elterlichen Gewalt nahekommende Gewaltstellung zu ihrem Kinde hat sonach die uneheliche Mutter nur, wenn ihr die Vormundschaft über ihr Kind übertragen wird. Gegenüber der Forderung, der unehelichen Mutter die volle Gewalt zu geben, hat sich das Gesetz ablehnend verhalten.[7]) Es sieht in der unehelichen Mutter noch den mit einem Makel behafteten Menschen, dessen sittlichem Wollen mit Mißtrauen zu begegnen ist.[8]) Dies Bedenken ist entscheidend gewesen; denn die Motive geben selber im weiteren zu, daß der unehelichen Mutter „an sich" die Fähigkeit, die elterlichen Gewaltrechte und Pflichten zu erfüllen, nicht fehlt.[9]) Es kam hinzu die allgemeine Abneigung gegen eine Gleichstellung der unehelichen mit den ehelichen Kindern, welche in der Befürchtung ihre „ethische Begründung" sucht, daß durch eine solche Gleichstellung das Ansehen der Ehe geschädigt werde. Die mittelalterliche Anschauung, welche „den Makel des schuldigen Erzeugers auf den unschuldigen Erzeugten abwälzt und das Kind mit dem Makel der unehelichen Geburt behaftet sein läßt", bezeichnet der in diesen Dingen sonst sehr konservative Kuhlenbeck[10]) als „eine der seltsamsten Verirrungen des moralischen Urteils".

Außer diesen wesentlich von dem Gedanken der Zweckmäßigkeit getragenen entscheidenden Bedenken gegen eine Gewährung der elterlichen Gewalt an die uneheliche Mutter ist aber noch ein weiterer und zwar rein „sittlicher" Grund maßgebend gewesen: die elterliche Gewalt würde die Nutznießung am etwaigen Kindesvermögen in sich einschließen; es liegt aber

---

[6]) Vorausgesetzt, daß der in erster Linie berufene Großvater mütterlicherseits nicht mehr lebt oder daß die Voraussetzungen des § 1778 Abs. 1 vorliegen.

[7]) In Sachsen-Weimar hatte bereits ein Gesetz vom 27. März 1872 der unehelichen Mutter die volle elterliche Gewalt eingeräumt!

[8]) Vgl. Motive 4 S. 860.

[9]) Vgl. Motive 4 S. 861.

[10]) Von den Pandekten zum B.G.B. Dritter Teil § 42.

„im Interesse der Sittlichkeit, wenn der unehelichen Mutter jeder aus ihrer Unsittlichkeit hervorgehende, auch nur indirekte, Vermögensvorteil entzogen wird“ (Motive IV S. 862).

Es gibt nun freilich eine höhere Sittlichkeit als diese hier; und es ist die Zeit nicht fern, wo auch der Gesetzgeber sich ihr nicht mehr wird verschließen können.

Kapitel 12.

Die elterliche Gewaltstellung der Mutter bei Legitimation und Adoption eines Kindes.

Die elterliche Gewaltstellung der Mutter, soweit sie bisher erörtert worden ist, gründet sich auf die natürliche Tatsache der Geburt. Im folgenden sind noch die Wirkungen zu besprechen, welche die rechtlichen Tatsachen der Legitimation und der Adoption eines Kindes auf die elterliche Gewaltstellung der Mutter ausüben.

I. Die Legitimation verschafft einem unehelichen Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen. Sie erfolgt durch nachfolgende Ehe der Eltern oder durch staatliche Ehelichkeitserklärung auf Antrag des Vaters.

1. Die Legitimation durch nachfolgende Ehe vollzieht sich kraft Gesetzes im Augenblicke der Eheschließung. Ein Willensakt der Eltern ist dazu nicht nur nicht erforderlich, sondern die Legitimation erfolgt auch, wenn die beiden Eltern den entgegengesetzten Willen haben. Selbst die Nichtigkeit der geschlossenen Ehe beeinflußt die Legitimation des Kindes nicht, sofern nicht beide Eltern bei der Eheschließung bösgläubig waren oder der Fall des § 1699 Abs. 2 gegeben ist (§ 1721).

Durch die Eheschließung der Eltern erlangt das uneheliche Kind ohne Einschränkung die rechtliche Stellung eines ehelichen (§ 1719), tritt also insbesondere aus der vormundschaftlichen Gewalt

in die elterliche. Nach § 1883 endigt aber die Vormundschaft nicht kraft Gesetzes im Augenblicke der Eheschließung, sondern nur dann, wenn entweder die Vaterschaft des Ehemannes urteilsmäßig festgestellt ist[1]) oder wenn das Vormundschaftsgericht die Aufhebung der Vormundschaft anordnet. Der Eintritt der elterlichen Gewalt ist jedoch von der Beendigung der Vormundschaft nicht abhängig,[2]) so daß hier ausnahmsweise elterliche Gewalt und Vormundschaft eine Zeit lang nebeneinander bestehen können. Für die elterliche Gewalt über das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind gelten in allem die gewöhnlichen Bestimmungen. Während der Vater also Inhaber der elterlichen Gewalt ist und zu ihrer Ausübung im vollen Umfange berechtigt ist, hat die Mutter bei Lebzeiten des Vaters normalerweise nur die Stellung nach § 1634. Ihre Gewaltstellung ist also nicht wesentlich verschieden von ihrer früheren Stellung als uneheliche Mutter.

2. Die Legitimation durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723 ff.) hat dagegen ganz andere Wirkungen hinsichtlich der elterlichen Gewaltverhältnisse. Entsprechend ihrem Zwecke, dem unehelichen Kinde im Verhältnis zu seinem Vater in den Fällen der Erlangung der rechtlichen Stellung eines ehelichen zu ermöglichen, in welchem der Vater die uneheliche Mutter nicht geheiratet hat,[3]) verliert die Mutter mit der Ehelichkeitserklärung das ihr nach § 1707 zustehende Recht der persönlichen Sorge (§ 1738 Satz 1),[4]) während der Vater die elterliche Gewalt in ihrem vollen Umfange erwirbt.[5])

[1]) Hier endigt sie mit Rechtskraft des Urteils oder, wenn das Urteil vor der Eheschließung bereits rechtskräftig geworden ist, mit dem Akte der Eheschließung.

[2]) Nach § 1719 ist für den Erwerb der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes allein der Akt der Eheschließung maßgebend; in der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes ist aber das elterliche Gewaltverhältnis von Anbeginn enthalten.

[3]) Sei es, daß er unverheiratet, sei es, daß er mit einer anderen als der unehelichen Mutter verheiratet ist.

[4]) Im übrigen bleiben die sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Kinde und der unehelichen Mutter ergebenden Rechte und Pflichten unberührt (§ 1737 Abs. 2).

[5]) Vgl. auch Dernburg Bürgerl. Recht IV § 92 Anm. 9.

Diese die uneheliche Mutter benachteiligende Rechtswirkung kann jedoch grundsätzlich nicht gegen ihren Willen zustande kommen; denn nach § 1726 ist zur Ehelichkeitserklärung außer der Einwilligung des Kindes selber,[6]) sowie ev. der Ehefrau des Vaters bis zum vollendeten 21. Lebensjahr des Kindes[7]) auch die Einwilligung der Mutter erforderlich, vorausgesetzt, daß sie nicht, etwa wegen Geisteskrankheit, zur Abgabe der Willenserklärung dauernd außerstande, oder daß ihr Aufenthaltsort nicht dauernd unbekannt ist. Die Einwilligung der Mutter kann jedoch auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, sofern das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung dem Kinde zu unverhältnismäßigem Nachteile gereichen würde (§ 1727). Dieser — vorwiegend auf materiellem Gebiete liegende — Nachteil des Kindes muß also unverhältnismäßig größer sein als der — vorwiegend auf seelischem Gebiete liegende — Verlust, den man der Mutter im Falle der Ehelichkeitserklärung zufügen würde. Es ist sicher, daß die in das freie Ermessen des Vormundschaftsgerichts gelegte Einwilligung bzw. die durch sie veranlaßte staatliche Ehelichkeitserklärung die uneheliche Mutter, die ihr Kind dem ihr vielleicht innerlich fremd gewordenen Manne herausgeben soll, manchmal hart treffen wird. Es steht ihr nicht einmal das Recht des persönlichen Verkehrs mit dem für ehelich erklärten Kinde zu.

Die Ehefrau des Vaters erwirbt kein Gewaltrecht über das für ehelich erklärte Kind ihres Ehemannes.

Der unehelichen Mutter fällt unter Umständen die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes wieder zu, wenn sie nämlich dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat (§§ 1601—1603) und wenn außerdem die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder nach § 1676 Abs. 1 wegen Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 wegen vormundschaftsgerichtlich festgestellter längerer Verhinderung ruht (§ 1738 Satz 2). Im Falle des § 1676 Abs. 2, wo dem Vater das Recht der tatsächlichen Sorge für die Person trotz des Ruhens

[6]) Welche, solange das Kind minderjährig ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§ 1729 Abs. 2).

[7]) Gleichgültig, ob vorher etwa eine Volljährigkeitserklärung erfolgt ist.

seiner Gewalt verbleibt, tritt das Fürsorgerecht der Mutter nicht wieder ein; ebensowenig, wenn dem Vater die Gewalt nach § 1666 entzogen wird. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Bestimmung des § 1738 Satz 2 nicht, besonders deshalb, weil die uneheliche Mutter nur selten in die Lage kommen wird, ihrem für ehelich erklärten Kinde gemäß den Bestimmungen in §§ 1601 bis 1603 Unterhalt gewähren zu müssen. Der Gesetzgeber ging bei der Regelung dieser Verhältnisse von der Anschauung aus, daß das Kind durch die mit der Ehelichkeitserklärung verbundenen Wirkungen der leiblichen Mutter oft entfremdet wird oder in eine andere soziale Stellung kommt.[8]) Ist die Lage des für ehelich erklärten Kindes aber eine derartige, daß es auf eine Unterhaltsgewährung seitens der unehelichen Mutter angewiesen ist, so werden diese Voraussetzungen meist nur in minderem Maße oder auch gar nicht Platz greifen, so daß das Wiederaufleben des mütterlichen Fürsorgerechtes in den hier fraglichen Fällen der Beendigung und des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters vollauf gerechtfertigt ist. Tritt solch ein Fall ein, so steht der Mutter das persönliche Fürsorgerecht mit den gewöhnlichen Modifikationen (§ 1707) wieder zu.

Heiratet der Vater die Mutter, nachdem das beiderseitige uneheliche Kind für ehelich erklärt ist, so erlangt die Mutter gemäß den Vorschriften über die Legitimation durch nachfolgende Ehe die mütterliche Gewaltstellung neben dem Vater.

II. Während die Legitimation eine Blutsgemeinschaft zwischen den beiden Teilen zur Voraussetzung hat, ist dies bei der Adoption nicht der Fall. Erstere bezieht sich ferner nur auf uneheliche Kinder, letztere in gleicher Weise auf eheliche und uneheliche. Wird ein uneheliches Kind von seinem eigenen Vater oder seiner Mutter adoptiert, so bleibt die Tatsache der Blutsgemeinschaft wirkungslos, und die Rechtsstellung beider Teile gründet sich auch in diesem Falle lediglich auf das Rechtsgeschäft der Adoption.

---

[8]) Vgl. Motive IV S. 949.

Die Annahme an Kindes Statt erfolgt durch Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden (§ 174 Satz 1). Die erforderliche Bestätigung des zuständigen Gerichtes hat nur deklaratorische Bedeutung,[9]) im Gegensatz zu der konstitutiven Wirkung der Ehelichkeitserklärung. Von den Voraussetzungen der Adoption interessiert hier nur die, daß ein eheliches Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung der Eltern, ein uneheliches Kind bis zum gleichen Lebensalter nur mit Einwilligung der Mutter an Kindes Statt angenommen werden kann (§ 1747).

Mit dem Zeitpunkt der amtsgerichtlichen Bestätigung erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (§ 1757 Abs. 1, 1754). Ist die annehmende Person verheiratet, so tritt das Kind mit dem Ehegatten des Annehmenden an sich in keinerlei Rechtsbeziehung. Wird das Kind von dem Ehepaare gemeinschaftlich angenommen, so erlangt es die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten (§ 1757 Abs. 2); die Ehefrau hat hier also eine elterliche Gewaltstellung nach §§ 1634, 1685, 1684. Das gleiche gilt für den Fall, daß ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten, über das ihm ja an sich keinerlei Gewaltsrechte zustehen, an Kindes Statt annimmt, wobei es gleichgültig ist, ob das Kind ein eheliches, uneheliches oder etwa nur angenommenes ist. Gegenüber diesen besonderen Fällen, wo die Frau bei Adoption eines Kindes nur eine beschränkte Gewaltsstellung erwirbt, ist hervorzuheben, daß die Frau in dem normalen Falle, daß sie für sich allein ein Kind annimmt, in gleicher Weise wie ein Mann die elterliche Gewalt über das Kind erlangt.

Die leiblichen Eltern, bzw. bei Unehelichkeit des Kindes die uneheliche Mutter, gehen mit der Adoption ihres Kindes durch einen Dritten ihrer elterlichen Gewaltstellung verlustig (§ 1765 Abs. 1).[10]) In gleicher Weise wie für eine uneheliche Mutter bei

[9]) So die herrschende Meinung; vgl. z. B. Endemann II § 210 unter 2, Cosack II § 335 unter II, 3. Anderer Ansicht Dernburg, Bürgerl. Recht IV § 94.

[10]) Auf die Fälle, daß ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten,

Ehelichkeitserklärung ihres Kindes gilt hier aber für die leibliche Mutter (ebenso wie für den leiblichen Vater) des adoptierten Kindes die Bestimmung, daß sie das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, mit der gewöhnlichen Beschränkung der mangelnden Vertretungsbefugnis wiedererwirbt, wenn sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat und die elterliche Gewalt der Person, welche das Kind angenommen hat, endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 ruht (§ 1765 Abs. 2). An sich würde das einmal verlorene Gewaltrecht nicht wieder aufleben.

Wird das Adoptionsverhältnis durch Vertrag wieder aufgehoben (§§ 1768, 1770), so verliert der Adoptivgewaltinhaber mit der amtsgerichtlichen Bestätigung des Aufhebungsvertrages seine elterliche Gewaltstellung. Die leibliche Mutter erlangt jedoch (ebenso wie der leibliche Vater) auch in diesem Falle die frühere Gewaltstellung über das Kind nicht wieder.

Kapitel 13.

Schluß.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist im Ganzen ein Werk, dessen wir uns freuen dürfen. Das hindert nicht, daß sich schon heute Stimmen erheben, welche die Richtung bezeichnen, in der das bürgerliche Recht über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus fortentwickelt werden muß, zumal das Gesetzbuch auch den dringenden Forderungen der Zeit nicht immer gerecht geworden ist. Und das ist sicher: wenn das Bürgerliche Gesetzbuch einst in seiner heutigen Gestalt zu gelten aufgehört haben wird, so wird nicht zum mindesten, vielleicht aber in erster Linie, die Stellung des Gesetzbuchs der Frau und Mutter gegenüber solches bewirkt haben.

Und was die elterliche Gewalt betrifft, so wird dann dieser den modernen Inhalt des Institutes nicht mehr entsprechende

sowie daß eine uneheliche Mutter ihr Kind adoptiert, ist der § 1765 nicht anwendbar, auch nicht der Absatz 2.

Begriff wohl überhaupt verschwinden und der elterlichen Sorge oder einer anderen Bezeichnung Platz machen, welche das wahre Wesen dieser Einrichtung als einer Summe nicht bloß von Rechten, sondern namentlich von Pflichten besser trifft. Dann wird aber auch die Frau und Mutter, verheiratet oder unverheiratet, vor dem bürgerlichen Gesetze die gleichberechtigte Genossin des Mannes und Vaters sein; nicht in dem Sinne, daß sie in allem die selben Rechte hat, wie der Mann, sondern in dem höheren Sinne, daß ihr alles gegeben wird, wonach ihre natürlichen weiblich-menschlichen Anlagen und Fähigkeiten verlangen.